

מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה על מחיר אחיד – ניתוח מנקודת-מבטן של הגישה הכלכלית ותיאוריות השוויון

אמל ג'בארין*

ההתפתחויות הטכנולוגיות של השנים האחרונות, ובראשן רשת האינטרנט, מעניקות לפירמות המסחריות את היכולת לאסוף – בעלות זניחה יחסית – מידע אישי רב על-אודות הצרכנים. הפירמות יכולות לעשות שימושים שונים במידע זה. בין היתר הן יכולות לחשב את מידת נכונותם של כל אחד מהצרכנים לשלם בעבור מוצר נתון, ולחייב אותו בהתאם. כך, למשל, בשנת 2000 גילו הלקוחות של אתר Amazon.com – אחד מאתרי המסחר האלקטרוני המובילים בעולם – כי האתר נוהג לאסוף מידע על-אודות הרגלי הגלישה והקנייה של לקוחותיו, ומשתמש במידע זה כדי ללמוד על המחיר המרבי שכל אחד מהם מוכן לשלם בעבור מוצר נתון, ולהציע לו את המוצר במחיר זה. ברי כי פירמה המנהיגה שיטת תמחור זו מפלה הלכה למעשה בין לקוחותיה. שיטת תמחור זו מכונה בתורת הכלכלה "הפליית מחירים מדרגה ראשונה" (first-degree price discrimination) או "הפליית מחירים מושלמת". אומנם, שיטה זו אינה חדשה, והתקיימה גם בעבר, אלא שלנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשור האחרון נראה כי היא עתידה ליהפך לשיטת התמחור השלטת בשוקים הצרכניים.

עלייתה של שיטת תמחור זו הפנתה את הזרקורים אליה, ומחקרים מדיסציפלינות שונות – שיווק, כלכלה, פסיכולוגיה ועוד – החלו לחקור אותה. בין היתר נעשו מחקרים כדי לבחון את התייחסותם של הצרכנים לשיטה זו ואת עמדתם כלפיה. מחקרים אלה מצביעים על כך שהצרכנים רואים בשיטה זו שיטה לא-הגונה, ומצהירים כי יחושו זעם כלפי פירמות שינהיגו אותה.

* דוקטור למשפטים ומהנדס מחשבים, מרצה בכיר, הפקולטה למשפטים, הקריה האקדמית אונו. תודתי נתונה לגדעון פרחמובסקי, לאריאל פורת ולאבי בל, שזיכוני בביקורת חשובה, וכן לעורכת כתבהעת משפט ועסקים קרן להד ולחברי המערכת שיר גנון ועומר הלביא על עבודתם המקצועית, המדויקת והנאמנה.

הפליית מחירים מדרגה ראשונה מעוררת גם שאלות משפטיות בשני מישורים: פוזיטיבי ונורמטיבי. המאמר יתמקד בעיקר במישור הנורמטיבי, אך תהיה התייחסות גם למישור הפוזיטיבי.

במישור הפוזיטיבי השאלה שעולה היא אם הדין הקיים אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה. ניתוח הוראות הדין הקיים מעלה כי דיני הצרכנות, אשר עוצבו בשנות השמונים של המאה הקודמת על רקע מציאות טכנולוגית שונה מזו של ימינו, אינם אוסרים את עצם ביצועה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה.

במישור הנורמטיבי עולות השאלות הבאות: מהי הריאקציה הנורמטיבית שראוי לנקוט במקרה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה? האם יש להטיל איסור גורף על קיום הפליה זו או שמא די בהסדרת היבטים מסוימים של אופן ביצועה? המענה לשאלות העולות במישור הנורמטיבי ראוי שיתבסס על תפיסת-עולם באשר למשפט ותפקידו בחברה. במאמר זה אבחן את השאלות האמורות בהתאם לשתי תפיסות-עולם מנוגדות לכאורה, למצער בכל הנוגע בסוגיה הנידונה במאמר.

תפיסת-עולם אחת היא תפיסת-עולמה של הגישה הכלכלית למשפט, אשר התכלית העיקרית המונחת ביסודה היא השאת הרווחה המצרפית. הטיעון הרווח בגישה זו (בהסתמך על מודלים כלכליים) הוא שהפליית מחירים מדרגה ראשונה משיאה את הרווחה המצרפית המופקת מן העסקות הצרכניות, ולכן שיטה זו רצויה, ואין להתערב בה.

תפיסת-העולם האחרת היא זו של השוויון הרדיקלי, המבכרת את ערך השוויון על כל ערך אחר. גישה זו רואה בערך השוויון ערך עצמאי, בעל תוכן מהותי משל עצמו במנותק מערכים אחרים, שההכרה בו מוצדקת משיקולים הקשורים לשוויון עצמו, ולא משיקולים הקשורים לערכים אחרים החיצוניים לשוויון. התכלית העיקרית של ערך השוויון, על-פי גישה זו, היא למנוע את הפגיעה בכבודו של האדם ואת התחושות השליליות הנגרמות לו כתוצאה מן ההפליה. לכאורה, המסקנה המתבקשת מגישה זו היא שיש לאסור באופן גורף הפליית מחירים מדרגה ראשונה, וזאת בניגוד מוחלט לתוצאה המתבקשת על-פי הגישה הכלכלית למשפט. ברם, בחינה מדוקדקת של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך השוויון הרדיקלי מובילה, כפי שאנסה להראות במאמר, למסקנה מפתיעה, הדומה למסקנה המתבקשת על-פי תפיסת-עולמה של הגישה הכלכלית למשפט, והיא שאין להטיל איסור על הפליית מחירים מדרגה ראשונה. זאת, בכפוף לכך שההפליה תיעשה בצורה גלויה, ולא סמויה מעיניהם של הצרכנים. הטעם העיקרי למסקנה זו הוא שהטלת איסור על הפליה מדרגה ראשונה וחיוב הפירמה להנהיג מחיר אחיד עלולים לגרום לכך שחלק מהצרכנים, אשר מידת יכולתם לשלם נמוכה מהמחיר שייקבע, לא ירכשו את המוצר. הדבר יגרום לאותן פגיעות מן הסוג שגישת השוויון הרדיקלי

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

מבקשת למנוע, ואף בדרגת חומרה גבוהה יותר בהשוואה לפגיעות הנגרמות לצרכנים המופלים בשיטה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה. במובן זה, ניתוח מעמיק צריך להביא בחשבון לא רק את הנזקים הנגרמים לצרכנים "נפגעי ההפליה", אלא גם את הנזקים הנגרמים לצרכנים "נפגעי המחיר האחיד".

מבוא

פרק א: הפליית מחירים מדרגה ראשונה כאסטרטגיה המשיאה את רווחי הפירמות

פרק ב: הפליית מחירים מדרגה ראשונה – האם זו שיטת המחרה בת־קיימא בשווקים הצרכניים המודרניים?

1. העלויות הכרוכות בכריית מידע אישי על־אודות הצרכנים
2. התייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה
3. רמת התחרות בשווקים

(א) כשל מידע

(ב) כשל הנחת הרציונליות

(ג) קרטליזציה

(ד) תחרות מונופוליסטית

4. היכולת להנהיג הפליה סמויה

5. סיכום־ביניים

פרק ג: האם הדין הקיים אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה?

1. כללי – התייחסותם של דיני הגנת הצרכן לסוגיית השוויון במחירים
2. חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים
3. חובת סימון מחירים
4. חוק ההגבלים העסקיים

פרק ד: הפליית מחירים וערך הרווחה המצרפית

1. מינוח ורקע תיאורטי קצר
2. הטיעון המקובל: הפליית מחירים מדרגה ראשונה משיאה את הרווחה המצרפית

3. ביקורות על הטיעון המקובל

(א) טעות בהערכת מידת נכונו של הצרכן לשלם

(ב) הפליית מחירים יוצרת החצנה

4. התערבות משפטית לתיקון כשל ההחצנה

(א) איסור גורף של הפליית מחירים מדרגה ראשונה

(ב) איסור הפליה סמויה

פרק ה: הפליית מחירים מדרגה ראשונה וערך השוויון

1. הערות מקדמיות – על נוסחת הקשר שבין הפליית מחירים מדרגה ראשונה לבין ערך השוויון המשפטי
2. הפליית מחירים מדרגה ראשונה – יסוד ההבחנה
3. הפליית מחירים מדרגה ראשונה – יסוד הפגיעה בכבוד האדם
4. ביקורת אפשרית מנקודת-המבט של ערך השוויון
 - (א) הפליית מחירים מדרגה ראשונה אכן פוגעת בכבוד האדם
 - (ב) ערך השוויון כערך אינסטרומנטלי

סיכום

מבוא

בשנת 2000 גילו הלקוחות של אתר אמזון (Amazon.com) – אחד מאתרי המסחר האלקטרוני המובילים בעולם – כי האתר משנה את מחירי המוצרים שהוא מציע בהתאם לזהות הלקוח.¹ זיהוי הלקוחות נעשה באמצעות קובצי "עוגיות" ("cookies") שהאתר שתל במחשבי לקוחותיו.² הפרשה, אשר עוררה עניין ציבורי רב, נחשפה בזכות ערנותו ותושייתו של אחד מלקוחותיו הקבועים והמזוהים של האתר, שביקש לרכוש סרט DVD. תג המחיר שהוצמד למוצר היה 26.24 דולר. הלקוח חשד שמשוהו אינו כשורה, ושהאתר מציע למכירה אותו סרט ללקוחות אחרים במחיר נמוך יותר. הוא מחק את קובצי ה"עוגיות" במחשבו, וניסה שוב לרכוש אותו סרט, אך הפעם מבלי להזדהות בכניסה לאתר. המוצר הוצע לו הפעם במחיר 22.74 דולר. התברר שהאתר, באמצעות טכנולוגיית ה"עוגיות", נהג לאסוף מידע על-אודות הרגלי הגלישה והקנייה של משתמשי האתר, ואז השתמש במידע זה כדי לאמוד מהו המחיר המרבי שכל אחד מהמשתמשים יהיה מוכן לשלם בעבור מוצר נתון, והציע לו את המוצר במחיר זה.

שיטת ההמחרה שנקט אתר אמזון, שבה הפירמה מחייבת כל צרכן בדיוק לפי המחיר המרבי שהוא מוכן לשלם בעבור המוצר, מכונה בתורת הכלכלה "הפליית מחירים מדרגה ראשונה" (first-degree price discrimination) או "הפליית מחירים מושלמת". הטעם לשימוש במונח "הפליה" מקורו בכך שיש להניח כי המחיר המרבי שכל אחד מהצרכנים מוכן לשלם משתנה מצרכן לצרכן, ולפיכך נוצר מצב שבו האתר מפלה בין לקוחותיו בכך שהוא מציע למכירה אותו מוצר במחירים שונים ללקוחות שונים. אכן, צרכנים רבים הביעו זעם על אתר אמזון ועל התנהגותו, בראותם את ההפליה שהנהיג

1 להרחבה על המקרה של אמזון ראו: Amazon.com Varies Prices of Identical Items for Test, WALL ST. J., Sept. 7, 2000, at B19; Camillo Fracassini, Amazon 'Hikes Prices' for Loyal

Shoppers, SCOTLAND ON SUNDAY, Oct. 1, 2000, at 12.

2 להרחבה על טכנולוגיה זו ראו להלן ה"ש 41.

האתר כהתנהגות לא-הגונה.³ תחילה ניסה האתר להתגונן בטענה כי הוא אינו מפלה בין לקוחותיו, וכי מדובר במעין ניסיון ("price test"), אולם לבסוף הוא התנצל על הפרקטיקה שהנהיג, ואף החזיר את ההפרש הכספי לכלל הלקוחות ששילמו מחירים גבוהים יותר (6,896 לקוחות).⁴

הפליית מחירים בין צרכנים – קרי, גביית מחירים שונים מצרכנים שונים בעבור יחידות זהות של מוצר נתון – אינה תופעה חדשה בשווקים הצרכניים. תופעה זו נחקרה בהרחבה הן בספרות השיווק והן בספרות הכלכלה. לצד הפליית מחירים מדרגה ראשונה, שעליה הצבעתי לעיל, מקובל להצביע על שתי קטגוריות נוספות של הפליית מחירים: הפליית מחירים מדרגה שנייה והפליית מחירים מדרגה שלישית.⁵ הפליית מחירים מדרגה שנייה נעשית לרוב כאשר הפירמה מציעה לצרכנים כמה אפשרויות לרכישת מוצר נתון, שבכל אחת מהן נקבע מחיר שונה בעבור יחידת מוצר אחת. כך, למשל, פירמה שמשווקת מים מינרליים יכולה למכור בקבוק אחד במחיר 5 ש"ח, בעוד המחיר למארז של שישית בקבוקים מאותו סוג (ובנפח זהה לבקבוק) הוא 24 ש"ח. באופן דומה, חברת סלולר יכולה להציע כמה מסלולי הצטרפות, שבכל אחד מהם נקבע מחיר שונה לדקת שיחה.⁶ הפליית מחירים מדרגה שלישית מתרחשת כאשר הפירמה מפלחת את השוק לקבוצות שונות (פלחי שוק) – למשל, לפי אזור גיאוגרפי, גיל, מין, מעמד חברתי וכיוצא בהם – וקובעת מחיר שונה לכל קבוצה. כך, למשל, חברות תעופה ובתי-קולנוע קובעים מחירים שונים לילדים ולמבוגרים; חברות תרופות קובעות מחירים שונים למדינות שונות; וחברות אוטובוסים קובעות מחירים שונים לסטודנטים ולתלמידים.⁷

ברם, קיים שוני מהותי בין הפליית מחירים מדרגה ראשונה לבין שתי הקטגוריות האחרות, בעיקר בכל הנוגע באופן שבו ההפליה נעשית. עיקר השוני מתבטא בכך שבהפליה מדרגה ראשונה הפירמה מפלה את הצרכן על-סמך זהותו האישית, ולא על-סמך השתייכותו הקבוצתית, כמו בהפליה מדרגה שלישית, או על-סמך בחירתו במסלול רכישה שונה, כמו בהפליה מדרגה שנייה. לשוני זה בין הקטגוריות השונות יש השלכות-

3 ראו: Janet Adamy, *E-tailer Price Tailoring May Be Wave of Future*, CHI. TRIB., Sept. 25, 2000, at 4.

4 אם לא די בכך, באותה שנה ממש גילו לקוחות האתר כי האתר נוקט הפליית מחירים דומה בענף אחר, שבמסגרתה לקוחות אקראיים שהשתמשו באתרי צד שלישי לשם השוואת מחירים זכו בהנחה של 51 דולר על מוצר שנמכר לרוב הלקוחות ב-233.95 דולר.

5 להרחבה על הפליות מחירים מדרגה שנייה ומדרגה שלישית ראו: Babu Nahata, Sergey G. Kokovin & Evgeny Zhelobodko, *Comparison Between Second and Third-Degree Price Discrimination* (2006), available at ssrn.com/abstract=904383.

6 לרשימה חלקית של שיטות המחירה ראו פיליפ קוטלר ויעקב הורניק **ניהול השיווק – המהדורה הישראלית** כרך ב 572–576 (2000).

7 להרחבה על הפליה מדרגה שלישית ראו: Stephen Layson, *Third-Degree Price Discrimination, Welfare and Profits: A Geometrical Analysis*, 78 AM. ECON. REV. 1131, 1131–1132 (1988).

רוחב במישורים שונים, כגון התייחסותם של הצרכנים להפליה, מידת נכונותן ומידת יכולתן של הפירמות לנקוט את ההפליה, ההשפעה שיש להפליה על יעילותם של השווקים ועוד. שוני זה בין הקטגוריות השונות של הפליית מחירים מצדיק עריכת דיון נפרד בכל ההיבטים השונים של כל אחת מהן, ובפרט בריאקציה הנורמטיבית הראויה הנדרשת.

מאמר זה עוסק ומתמקד בהפליית מחירים מדרגה ראשונה ובריאקציה הנורמטיבית הראויה לנוכח הפליה כזו. העיסוק בריאקציה הנורמטיבית הראויה במקרה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מחייב דיון בשאלות שונות הנוגעות בהיבטים שונים שלה. להלן יתוארו השאלות הללו בסדר מסוים, תוך תיאור מבנה המאמר.

שאלה ראשונה עניינה במניעה של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה. שאלה זו תידון בפרק א. עיקר הטיעון בפרק זה הוא שהפירמות, בהיותן שחקניות רציונליות הפועלות להשאת תועלתן האישית, נוקטות את שיטת ההמחרה הזו מכיוון שהיא משיאה את רווחיהן. במהלך הפרק אעמוד על האופן שבו הפליית מחירים מדרגה ראשונה משיאה את רווחיהן של הפירמות המשתמשות בה.

המסקנה מפרק א, שלפיה הפליית מחירים מדרגה ראשונה משיאה את רווחיהן של הפירמות, מעלה מאליה את השאלה מדוע רק בשני העשורים האחרונים גברה יכולתן של הפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה. שאלה זו תידון בפרק ב. המסקנה של פרק זה היא שניתן לייחס מגמה זו לכמה גורמים. ראשית, יכולתן של הפירמות לדעת על מידת נכונותו של כל אחד מהצרכנים לשלם הולכת וגוברת, הודות לשינויים הטכנולוגיים של התקופה האחרונה, ובראשם רשת האינטרנט. שנית, סוגים מסוימים של שיטת המחרה זו נתפסים בעיני חלק מהצרכנים כשיטת המחרה הגונה. שלישיית, חלק גדול מהשווקים הצרכניים נגועים בכשלי שוק שונים – כגון חוסר מידע, עודף מידע, רציונליות מוגבלת, הטיות קוגניטיביות, קרטלים ותחרות מונופוליסטית – אשר מאפשרים לפירמות לנקוט שיטה זו ללא חשש. על כל אלה יש להוסיף כי פירמות רבות נוקטות הפליית מחירים סמויה, לנוכח יכולתן לעשות כן כיום. במהלך הפרק אנסה להראות גם כי לנוכח גורמים אלה יש להניח כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה תיהפך לאחת משיטות המחרה המרכזיות בשווקים הצרכניים המודרניים של המאה הנוכחית.

מצאות זו מעלה שאלות משפטיות הן במישור הפוזיטיבי והן במישור הנורמטיבי. במישור הפוזיטיבי השאלה שעולה היא אם הדין הקיים אוסר הפליה זו. שאלה זו תידון בפרק ג. בין היתר אבחן אם חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, שנחקק בשנת 2000,⁸ ואשר נועד בעיקר למנוע בעלי מקומות ציבוריים מלהפלות במתן רשות כניסה למקומות אלה, אוסר גם הפליית מחירים מדרגה ראשונה. אקדים מסקנה לניתוח ואומר כי התשובה לשאלה זו שלילית. חוק זה נועד למנוע אך ורק הפליה על רקע קבוצתי ומטעמים מסוימים, ולא הפליה המבוססת על מאפיינים אישיים, כגון מידת הנכונות לשלם. חקיקתו של חוק זה השפיעה גם על תפיסתו של בית המשפט העליון בנוגע

8 חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים, התשס"א-2000, ס"ח 332 (להלן: חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים).

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

לעקרון השוויון בתחום הצרכני. כיום בית-המשפט רואה עיקרון זה כיוצר הסדר שלילי לעניין הפליות מטעמים שאינם מנויים בחוק, דבר שמונע אפשרות לאסור הפליה זו מכוח עקרונות כלליים, כגון עקרון תום-הלב.

זה המקום לציין כי העדר איסור הפליה מדרגה ראשונה, מכוח הדין הקיים, מתיישב עם שתי מגמות בדין הפרטי בכלל ובדין הצרכני בפרט. המגמה האחת, המאפיינת את המשפט הפרטי בכלל, היא זהירות בהחלת עקרון השוויון במישור היחסים שבין פרטים ובהרחבתו אל מעבר למה שנקבע בצורה מפורשת בחוק. המגמה האחרת, המאפיינת את דיני הצרכנות, היא לא להתערב בהיבטים הנוגעים במחיריהן של עסקות צרכניות. שתי המגמות התגבשו על רקע מציאות טכנולוגית-כלכלית שונה מזו של שני העשורים האחרונים. לענייננו שוני זה מתבטא ביכולת ההולכת וגדלה של פירמות להנהיג שיטות המחרה מפלות, שאחת מהן היא הפליית מחירים מדרגה ראשונה. שוני זה מחייב בירור נורמטיבי אם מגמות אלה עודן ראויות, ובפרט אם יש לאסור הפליית מחירים מדרגה ראשונה.

במישור הנורמטיבי עולות השאלות הבאות: מהי הריאקציה הנורמטיבית שראוי לנקוט במקרה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה? האם יש להתערב בהפליה כזו? אם כן, מהי דרך ההתערבות הראויה – האם יש להטיל איסור גורף על קיום הפליה זו או שמא די בהסדרת היבטים מסוימים של אופן ביצועה? המענה לשאלות העולות במישור הנורמטיבי ראוי שיתבסס על איזון בין האינטרסים והערכים הרלוונטיים לתחום הצרכני.⁹ במילים אחרות, קביעת עמדה נורמטיבית ביחס להפליית צרכנים מדרגה ראשונה צריכה להיגזר מן האופן שבו שיטת המחרה זו מתיישבת עם מטרותיהם של דיני הצרכנות. ודוק, לדיני הצרכנות אין מטרה אחת ויחידה. בהקשר זה מקובל להצביע על כמה מטרות המונחות ביסודם של דינים אלה. ניתן לחלק את המטרות הללו לשני סוגים. **מטרות מהסוג הראשון** עניינן בהגנה על הצרכן ועל זכויותיו. הרעיון המונח ביסודן של מטרות מסוג זה הוא שכשם שיש זכויות-יסוד לכל אדם – זכויות פוליטיות, כלכליות, חברתיות ותרבותיות – כך יש זכויות-יסוד לצרכנים, שהן בעיקרן זכויות כלכליות.¹⁰ כשם שזכויות האדם מגינות על היחיד מפני שרירות שלטונית, כך זכויות הצרכן מגינות עליו מפני כוחם העודף של הספקים. **מטרות מהסוג השני** עניינן בקידום מטרות

9 שאלת איסור הפליה משתרעת על רוב תחומי הפעילות החברתית – דיור, חינוך, בריאות וכו' – אך האינטרסים והערכים הרלוונטיים משתנים מתחום לתחום: לא הרי האינטרסים והערכים המתנגשים הרלוונטיים לתחום החינוך כהרי אלה הרלוונטיים לתחום הבריאות. מכאן, בבואנו לבחון את שאלת ההפליה בתחום הצרכני, וכדי להימנע מטעוים כוללניים, עלינו להתמקד באותם ערכים ומטרות הרלוונטיים לתחום הצרכני.

10 פרופ' סיני דויטש מכנה את הגישה התיאורטית המונחת ביסודן של מטרות אלה "גישת הזכויות". ראו סיני דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א 128–142 (2001) (להלן: דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א). על הבסיס להכרה בזכויות הצרכנים כזכויות אדם ראו סיני דויטש "השפעת חוקי היסוד על דיני הגנת הצרכן" **מחקרי משפט** יב 309 (1996).

חברתיות, כגון השאת הרווחה המצרפית, צדק חלוקתי, אמון של הצרכנים בשווקים, הגינות מסחרית ועוד.¹¹

מבין סל המטרות שצוין לעיל, המטרה העיקרית המנחה אותי במאמר זה היא השאת הרווחה המצרפית, מבית-מדרשה של הגישה הכלכלית למשפט.¹² על-פי גישה זו, המטרה שמונחת ביסודם של דיני הצרכנות, ואשר יש לשאוף להשגתה, היא השאת הרווחה המצרפית. מכאן, קביעת מדיניות נורמטיבית ביחס להפליית מחירים מדרגה ראשונה נגזרת מן האופן שבו שיטת המחרה זו משפיעה על הרווחה המצרפית: מחד גיסא, אם שיטת המחרה זו הינה יעילה כלכלית, קרי משיאה את הרווחה המצרפית, אזי אין הצדקה לאסור אותה או להתערב בה בכל צורה שהיא; מאידך גיסא, אם שיטת המחרה זו פוגעת ברווחה המצרפית, אזי יש הצדקה להתערב בה, מתוך מטרה למזער את אובדן הרווחה המצרפית הנובע ממנה. ודוק, לכל התערבות רגולטורית באשר היא יש עלות חברתית, אשר אי-אפשר להתעלם ממנה. תוספת הרווחה הנקייה הנובעת מהתערבות נתונה שווה להפרש שבין תוספת הרווחה הנובעת מהתערבות זו בניכוי העלות החברתית הכרוכה בה. מנקודת-מבטה של הגישה הכלכלית, מבין מגוון ההתערבויות הרגולטוריות האפשריות יש לבחור את אותה התערבות שבה סך תוספת הרווחה הנקייה הנובעת ממנה היא מרבית. הדיון בהפליית מחירים מנקודת-מבטה של הרווחה המצרפית והצגת המסקנות הנובעות ממנו ייעשו בפרק ד. אקדים ואומר בקצרה כי להפליית מחירים מדרגה ראשונה יש מחיר חברתי בדמות פגיעה בכבודם וברגשותיהם של הצרכנים. פגיעה זו נחשבת, מנקודת-מבטה של הרווחה, כעלות חברתית לכל דבר ועניין. קיומה של העלות החברתית האמורה מספק הצדקה להתערבות בשיטת המחרה זו. בפרק יידונו האפשרויות השונות להתערבות רגולטורית, והמסקנה תהיה שההתערבות הרגולטורית היעילה ביותר אינה הטלת איסור גורף על הפליית מחירים מדרגה ראשונה, אלא חיוב הפירמות לגלות את דבר קיומה של ההפליה.

הניסיון לעצב קווים למדיניות צרכנית ראויה ביחס להפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך הרווחה המצרפית אינו מעיד על העדפה נורמטיבית לערך זה, אלא נעשה מכמה טעמים. ראשית, לגישה הכלכלית יש השפעה מכרעת – הן בצורה ישירה והן בצורה עקיפה – על אופן עיצובם של דיני הצרכנות. השפעה זו באה לידי ביטוי במגמת הדה-רגולציה של תחום זה, אשר הגיעה לשיאה בשנות התשעים.¹³ שנית, הפליית מחירים מדרגה ראשונה נעשית בעיקר בעסקות המתבצעות דרך רשת האינטרנט.

11 להרחבה על מטרותיהם של דיני הגנת הצרכן ראו אורנה דויטש **מעמד הצרכן במשפט** 27–37 (2002).

12 לדיון מקיף על הגישה הכלכלית, על מקורות הדיון שלה ועל האסכולות השונות שבתוכה ראו עלי זלצברגר "על הפן הנורמטיבי של הגישה הכלכלית למשפט" **משפטים** כב 261 (1993). האמור בחלק זה של הדיון מבוסס במיוחד על ספרו המרכזי של פוזנר בנושא: RICHARD A. POSNER, *ECONOMIC ANALYSIS OF LAW* 17 (5th ed. 1998). לדיון על הפליית מחירים מנקודת-מבטה של הגישה הכלכלית למשפט ראו להלן פרק ד.

13 על השפעתה של הגישה הכלכלית על עיצוב דיני הצרכנות ראו דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 143.

רשת האינטרנט הינה רשת גלובלית באופייה, אשר מבנאמת את העסקות הצרכניות ומערערת את האפקטיביות של המדינות הריבוניות בהסדרה בלעדית של עסקות אלה. מצב זה מחייב את המדינות הריבוניות ליצור משטר הסדרה בין-לאומי להסדרת העסקות הצרכניות ברשת האינטרנט. הצורך בשיתוף-פעולה בין-לאומי, לרבות האחדת דיני הצרכנות ברחבי העולם, מחייב הסכמה רחבה בין שיטות המשפט השונות באשר למדיניות המונחת ביסודם של דינים אלה. נראה כי הגישה הכלכלית, בהיותה גישה מינימליסטית, יכולה לשמש תיאוריה נורמטיבית שתהא מקובלת על כלל המדינות שיהיו שותפות לכל משטר בין-לאומי שיקום.¹⁴ שלישיית, סוגיית איסור ההפליה במגזר הצרכני הינה סוגיה מורכבת המערבת שיקולים נכבדים: זכותן של הפירמות לחירות, ובכלל זה לחירות להפלות, מחד גיסא; וזכותם של הצרכנים לשוויון, מאידך גיסא. הכרעה משפטית על-סמך איזון בין שיקולים אלה מחייבת מתן משקל לכל אחד מהערכים, וזוהי הערכה סובייקטיבית שיכולה להשתנות משופט לשופט.¹⁵ ההיזקקות לגישה הכלכלית למשפט נועדה לסייע בהתגברות על קושי זה. הגישה הכלכלית מספקת אמת-מידה אובייקטיבית נוספת – השאת הרווחה המצרפית – לעיצוב ריאקציה נורמטיבית ראויה להפליית מחירים מדרגה ראשונה.

המסקנה העולה מן הדיון בהפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך הרווחה המצרפית, שלפיה אין לאסור הפליה זו ובלבד שהיא נעשית בצורה גלויה, עלולה לעורר התנגדות בקרב אלה הרואים את דיני הצרכנות כדינים שנועדו להגן על זכויות הצרכן, כגון הזכות למסחר הוגן, הזכות לתנאי עסקה הוגנים, הזכות לשוויון ועוד.¹⁶ יש להניח כי ההתנגדות החריפה ביותר למסקנה זו תבוא מכיוון ערך השוויון. אכן, התנגדות זו לשיטות ההמחרה המפלוגות בכללותן הולכת ותופסת תאוצה לאחרונה, בעקבות המחאה החברתית שפשטה בישראל בקיץ של שנת 2011.¹⁷ לכאורה היה אפשר

14 על החשיבות של יצירת משטר גלובלי אחיד להסדרת רשת האינטרנט ראו אמל ג'בארין "תפקידו של המשפט בהסדרת רשת האינטרנט בראי הגישה הכלכלית למשפט" קריית המשפט ז 233, 256–260 (2008). על החשיבות של עיון במשפט השוואתי בתחום הצרכני ראו סיני דויטש דיני הגנת הצרכן כרך ב 9 (2012).

15 על המחלוקת בנוגע למשקל שיש לייחס לערך השוויון בתחום הצרכני, ובנוגע ליחס בינו לבין ערך החירות, ראו הלן בדיון ליד ה"ש 164–167.

16 זאת, על-פי "גישת הזכויות", שתוארה לעיל בה"ש 10.

17 בעקבות המחאה של קיץ 2011 התפתחה תופעה שבה צרכנים ישראלים מעלים לאתרי הרשתות החברתיות, ובפרט לאתר פייסבוק (www.facebook.com), מידע השוואתי הנוגע במחירים של מוצרים. כך, למשל, צרכנים החלו להעלות לרשתות החברתיות השונות שבהן מתנוססים מחירים של מוצרי מזון בארץ ובחוץ-לארץ, וזאת כדי להראות כי אותה רשת מזון מוכרת את המוצר בחוץ-לארץ במחיר נמוך בהרבה ממחירו בארץ, וכי קיימים הבדלים במחירים בין הרשתות השונות. באחד המקרים, למשל, הועלו לרשת החברתית תמונות של מחירי יוגורט וקפה נמס בארץ ובחוץ-לארץ, שמהן עולה כי המחירים בארץ מופקעים לעומת המחירים בחוץ-לארץ. לתמונות אלה היה אפקט משמעותי, והדיו הגיעו לתקשורת. ראו מירב קריסטל "אובססיית מדינה: אתרי השוואת מחירים" *ynet* 24.2.2012 www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-4194435,00.html

להגיב על התנגדות זו באמירה כי חיבור זה עוסק אך ורק בנקודת-המבט של ערך הרווחה המצרפית, ואינו עוסק בהתנגדות שמקורה בערכים חיצוניים אחרים, כגון ערך השוויון. ברם, נראה כי מן הראוי להתייחס לטענות אלה, ולדון בהפליית מחירים מדרגה ראשונה גם בהקשרן. דיון זה ייעשה בפרק ה.

בחירה זו נשענת על כמה טעמים. ראשית, הדיון בהפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של כמה ערכים – הרווחה המצרפית והשוויון – מבטא מתודה של מחקר משפטי אינטגרטיבי, המתיישבת היטב עם תפיסת הפלורליזם הנורמטיבי, שלפיה כאשר באים לקבוע עמדה נורמטיבית ביחס לסוגיה מסוימת, יש להסתייע בערכים ובשיקולים נורמטיביים שונים ואף סותרים.¹⁸ שנית, קביעת עמדה נורמטיבית בהתבסס על כמה ערכים ושיקולים, היכולים אף לסתור זה את זה, משקפת בצורה טובה יותר את האופן שבו קובעי המדיניות מקבלים את החלטותיהם בסוגיה מסוימת. כך, למשל, בבוא בית-המשפט לקבוע עמדה בסוגיה מתחום המשפט הפרטי, הוא אינו מצמצם את עצמו אך לערך אחד, אלא מביא בחשבון את מכלול השיקולים הרלוונטיים. במובן זה, הבחירה להתייחס כאן לערך השוויון נועדה להקנות למאמר ערך מעשי, שכן בדרך זו הוא יספק לקובעי המדיניות נקודת-מבט אינטגרטיבית על הסוגיה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה, וזאת נוסף על הערך התיאורטי שלו, המתבטא בבחינת סוגיה זו מנקודת-המבט של תיאוריות נורמטיביות שונות. שלישית, הדיון בהפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך השוויון נועד דווקא לחזק את המסקנה המתקבלת מן הדיון בערך הרווחה המצרפית. כפי שיובהר בפרק ה, בחינה מדוקדקת של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך השוויון מובילה למסקנה הדומה מאוד לתוצאה המתבקשת מנקודת-המבט של ערך הרווחה המצרפית, והיא שאין להטיל איסור על הפליית מחירים מדרגה ראשונה, בכפוף לכך שההפליה תיעשה בצורה גלויה, ולא סמויה מעיניהם של הצרכנים. מסקנה זו נובעת מכך שהפליית מחירים מדרגה ראשונה לא רק שאינה פוגעת בערך השוויון, אלא אף מקדמת אותו, ובלבד שהיא נעשית בצורה גלויה. רביעית, ובהמשך ישיר לטיעון הקודם, המסקנה המתקבלת מניתוח הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך השוויון נועדה לרכך את ההתנגדות האינטואיטיבית להפליית מחירים על כל סוגיה. התנגדות זו הלכה וגברה בעקבות המחאה החברתית של קיץ 2011, ומתחילה לתת את אותותיה על נבחרי הציבור, שכבר הגישו כמה הצעות חוק שנועדו להילחם בנסינותיהן של פירמות להפלות בין צרכנים.¹⁹

18 על יתרונותיו של מחקר משפטי אינטגרטיבי, הבוחן סוגיה נתונה מתוך תפיסות נורמטיביות שונות, ראו איל זמיר "על המחקר המשפטי האינטגרטיבי" **דין ודברים** ד 131 (2008).

19 לדוגמה, לאחרונה הוגשה הצעת חוק על-ידי חבר-הכנסת עמיר פרץ שלפיה רשתות השיווק יחויבו לקבוע מחיר אחיד בכל סניפי הרשת. הצעה זו הונחה על שולחן הכנסת בעקבות כתבות אחדות בתקשורת שחשפו כי המחירים בסניפיהן של רשתות השיווק בפריפריה גבוהים באופן משמעותי מן המחירים בסניפיהן של אותן רשתות במרכז הארץ. ראו הצעת חוק הגנת הצרכן (תיקון) – מחיר אחיד ברשתות שיווק), התשע"ב-2012, פ/3868/18, www.knesset.gov.il/privateLaw/data/18/3868.rtf. ההצעה עברה בקריאה מקדמית ב-11 ביולי 2012. המעניין הוא שהכלכלנית הראשית ברשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן פרסמה כתבה שממנה עולה כי הצעת החוק תוביל לפגיעה גם באוכלוסייה

פרק א: הפליית מחירים מדרגה ראשונה כאסטרטגיה המשיאה את רווחי הפירמות

הטיעון המקובל בתורת הכלכלה הוא שהפליית מחירים מדרגה ראשונה, שבמסגרתה הפירמה גובה מהצרכן את המחיר המרבי שהוא מוכן לשלם,²⁰ משיאה את רווחיהן של הפירמות, ולכן היא שיטת ההמחרה המועדפת עליהן.²¹ לשם הוכחת הטיעון נניח כי מוצר מסוים נסחר בשוק נתון שפועלות בו כמה פירמות ואשר יש בו מספר רב של קונים. עוד נניח כי לכל אחת מהפירמות יש יכולת לקבוע את המחיר שבו יימכר המוצר, ואף את שיטת ההמחרה – מחיר אחיד או מחיר מפלה.²² נעייין להלן בתרשים 1, המתאר שלוש עקומות המתייחסות לפירמה מסוימת שמוכרת את המוצר. הניתוח להלן יעשה על דוגמה מספרית פשוטה יחסית, תוך כדי הצגת הטיעון באופן כללי יותר.

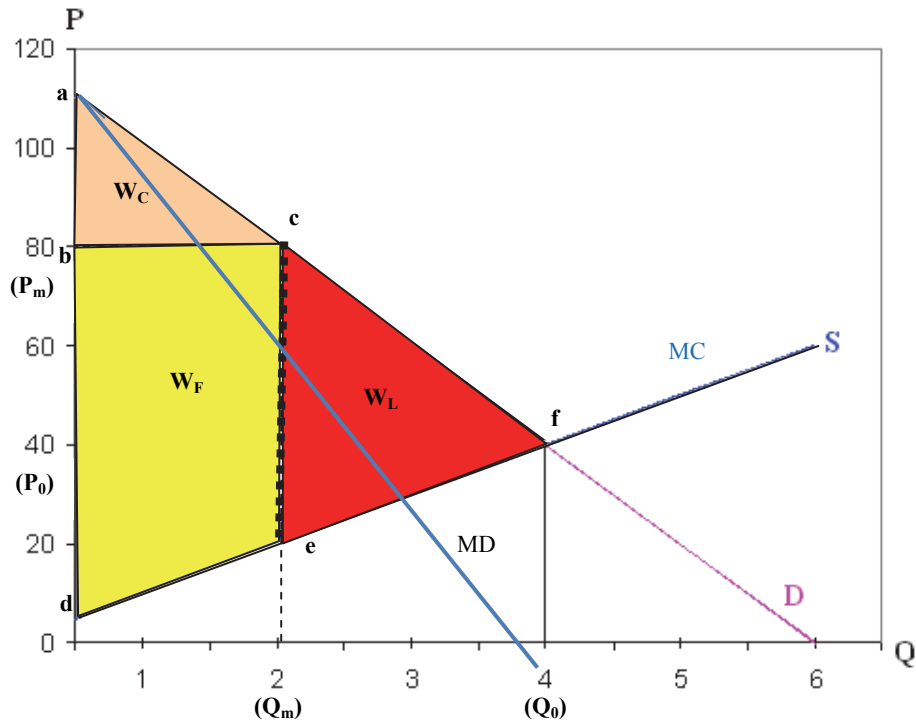
החלשה. ראו בתיה גוטל "איסור אפליית הפריפריה רק יפגע בה" *The Marker* 13.8.2012 www.themarker.com/news/1.1800051

20 בספרות הכלכלית מקובל לכנות מחיר זה בכינויים נוספים. יש המכנים אותו "המחיר הרורבי" ("reservation price"). ההגדרה המקובלת למונח זה היא: "A reservation price is the highest amount that a consumer is willing to pay for a product" HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION AND ITS PRACTICE § 14.4 (3rd ed. 2005). מכנים אותו "מחיר הביקוש" ("demand price"), המוגדר כ"מחיר המירבי שמוכן הצרכן לשלם בעבור המוצר". ראו יניב גדעון **מבוא לכלכלה – מיקרו** יחידה 1-3, 32 (1982). במאמר זה אני משתמש בעיקר (אם כי לא רק) במונח "המחיר המרבי", אך עינינו הרואות שאין הבדל בין המונחים השונים מבחינת משמעותם.

21 ספרות רבה נכתבה על הכלכלה של הפליית מחירים בכלל ועל הסיבות שבגינן הפירמות מעדיפות לנקוט שיטת המחרה כזו: Lars A. Stole, *Price Discrimination and Imperfect Competition*; JEAN TIROLE, *THE THEORY OF INDUSTRIAL ORGANIZATION* 52-133 (1988); Louis Philips, *Price Discrimination*, in 3 *THE NEW PALGRAVE DICTIONARY OF ECONOMICS* 952 (John Eatwell, Murray Milgate & Peter Newman eds., 1998); LOUIS PHILIPS, *THE ECONOMICS OF PRICE DISCRIMINATION* (1983).

22 הנחת-המוצא של הדיון כאן היא שלפירמות יש יכולת לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה. ודוק, יכולתה של פירמה לנקוט הפליה מדרגה ראשונה תלויה בכמה גורמים, כפי שיובהר ויפורט בהרחבה להלן בפרק ב. בחלק זה של הדיון אנו מניחים כי הפירמות יכולות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה, והשאלה הנשאלת היא אם יש להן נכונות לעשות כן ומדוע.

תרשים 1: ביקוש, עלות שולית ופדיון שולי



עקומה MC מתארת את העלות השולית הכרוכה במכירת יחידה נוספת מהמוצר, כלומר, את התוספת לעלות הכוללת של הפירמה כתוצאה ממכירת יחידה נוספת. בדוגמה המספרית שבתרשים, העלות השולית הכרוכה במכירת יחידות 1, 2, 3, 4 ו-5 היא 10, 20, 30, 40 ו-50, בהתאמה. עקומה D היא עקומת הביקוש של המוצר, והיא מתארת את המחיר המרבי שהצרכנים נכונים לשלם בעבור יחידה נתונה. בדוגמה המספרית עולה כי המחיר המרבי שהצרכנים מוכנים לשלם בעבור היחידות 1, 2, 3, 4 ו-5 הוא 100, 80, 60, 40 ו-20, בהתאמה. להשלמת התמונה אגדיר שני מונחים נוספים: פדיון שולי ורווח שולי. פדיון שולי מוגדר כתוספת לפדיון הכולל של הפירמה כתוצאה ממכירת היחידה האחרונה. רווח שולי מוגדר כתוספת לרווח של הפירמה כתוצאה ממכירת היחידה האחרונה, והוא שווה לפדיון השולי בניכוי העלות השולית. כעת, כשאנו מצוידים בנתונים אלה, נפנה לבחון את הרווח של הפירמה אם היא מחליטה לגבות מחיר אחד מכלל הצרכנים, ונשווה אותו לרווח של הפירמה אם היא נוקטת הפליית מחירים מדרגה ראשונה.

רווחי הפירמה כאשר היא גובה מחיר אחד לכל יחידה שהיא משווקת – אם הפירמה גובה מחיר אחד, אזי החלטותיה באשר למספר היחידות שהיא תמכור בסופו של דבר ובאשר למחיר האחד שבו היא תמכור כל יחידה ייקבעו על-פי תכונותיה של עקומת

הפדיון השולי. הפדיון השולי במשטר של מחיר אחיד מתואר על-ידי עקומה MD. כעולה מתרשים 1, הפדיון השולי – קרי, התוספת לפדיון הכולל כתוצאה ממכירת היחידה האחרונה – יורד בהתמדה עם העלייה במספר היחידות שהפירמה מחליטה לשווק. כדי להבין את הסיבה לכך, אדגים את הטיעון בעזרת הדוגמה המספרית, ולאחר-מכן ארחיב את הטיעון בצורה כללית יותר. נניח תחילה שהפירמה מחליטה למכור יחידה אחת בלבד. במצב זה הפדיון השולי הוא 100. עתה נניח כי הפירמה מבקשת למכור שתי יחידות. במקרה זה תצטרך הפירמה למכור כל אחת משתי היחידות במחיר אחיד של 80, ומכאן שהפדיון השולי של היחידה השנייה (השווה לתוספת הפדיון הכולל כתוצאה ממכירת יחידה זו) הוא 60. ודוק, תוספת הפדיון לפירמה (הפדיון השולי) אינה שווה למחיר של היחידה השנייה כשלעצמו (80), שכן מכירתה של יחידה זו אילצה את הפירמה להוריד את המחיר בעבור היחידה הראשונה ב-20. הפירמה אומנם זכתה ב-80 כתוצאה ממכירת היחידה השנייה, אך הפסידה לצורך כך 20 על מכירת היחידה הראשונה, כך שתוספת הפדיון הנקייה היא 60, ולא 80. כעת נניח שהפירמה מבקשת למכור שלוש יחידות. התוספת לפדיון הכולל כתוצאה ממכירת יחידה זו שווה ל-60 (מחיר היחידה השלישית כשלעצמו) בניכוי 40 (עקב ההפחתה של 20 במחירה של כל אחת משתי היחידות הראשונות), ועל-כך הפדיון השולי של היחידה השלישית הוא 20. אם נציג את הטיעון ברמה כללית יותר, הפדיון השולי תחת משטר של מחיר אחיד הולך ויורד עם העלייה במספר היחידות הנמכרות, כפי שמתואר על-ידי עקומה MD. הסיבה לכך היא שמכירת יחידה נוספת תאלץ את הפירמה להוזיל את היחידות הקודמות, כך שהפדיון השולי ילך וירד. פירמה רציונלית, המבקשת להשיא את רווחיה, תהיה נכונה להמשיך לשווק יחידה נוספת כל עוד הרווח השולי – קרי, התוספת לרווח הכולל, השווה להפרש שבין הפדיון השולי לבין העלות השולית – הוא חיובי. בתרשים 1 כמות זו היא Q_M , והמחיר שייקבע הוא P_M . הפירמה לא תהיה נכונה להציע יחידה נוספת מעבר לכמות זו, מאחר שהרווח השולי של אותה יחידה נוספת יהיה שלילי. לשם הבהרת נקודה זו נחזור אל הדוגמה המספרית: הפדיון השולי של היחידות 1, 2 ו-3 הוא כאמור 100, 60 ו-20, בהתאמה; העלות השולית היא 10, 20 ו-30, בהתאמה; ולכן הרווח השולי הוא 90, 40 ו-10, בהתאמה. לכן הפירמה תחליט לשווק שתי יחידות במחיר של 80 כל אחת. במצב זה הרווח שצומח לפירמה – השווה לפדיון הכולל ממכירת כלל היחידות בניכוי סך העלות של אותן יחידות – הוא השטח של המרובע $bced$ (W_F).

רווחי הפירמה תחת משטר של הפליית מחירים מדרגה ראשונה – כעת נניח כי לפירמה יש יכולת לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה, קרי, לחייב כל אחד מהצרכנים במחיר המרבי שהוא מוכן לשלם.²³ במצב זה פירמה רציונלית תמשיך לשווק

23 כפי שיובהר בהמשך (בחלק ד3א), הנחה זו אינה מתקיימת במציאות. גם אם נניח שיש בידי הפירמה מידע מלא על-אודות כל אחד מהצרכנים, עדיין אין ביכולתה להעריך באופן מדויק את מידת נכונותו של כל אחד מהצרכנים לשלם בעבור מוצר נתון, ותמיד קיים חשש מפני הערכת-יתר

יחידה נוספת כל אימת שהרווח השולי הצומח לה מכך הוא חיובי. להבדיל ממצב של מחיר אחיד, מכירת יחידה נוספת על-ידי הפירמה אינה מאלצת אותה להזיל את היחידות הקודמות, ומכאן שהפדיון השולי כתוצאה ממכירת יחידה נוספת שווה למחיר שבו יחידה זו נמכרת. במובן זה, עקומת הפדיון השולי זהה בהכרח לעקומת הביקוש, ומכאן שהפירמה תמשיך לשווק יחידה נוספת עד לנקודת המפגש בין עקומת הפדיון השולי עם עקומת העלות השולית, והכמות שתימכר בסופו של דבר מתוארת על-ידי Q_0 בתרשים. במצב זה הרווח הכולל שייפול בחלקה של הפירמה שווה לשטח המשולש adf , אשר גדול בבירור משטחו של המרובע $bcde$ (W_F). פער זה שווה לסכום השטחים W_C ו- W_L : השטח W_C מתאר את תוספת הרווח לפירמה כתוצאה מיכולתה למכור במחירים גבוהים יותר את היחידות שקדמו ל- Q_M (בהשוואה למחיר שהיה נקבע אילו גבתה מחיר אחיד); ואילו השטח W_L מתאר את תוספת הרווח כתוצאה מהעסקות שהפירמה ביצעה מעבר לכמות Q_M . אם נחזור לדוגמה המספרית: בהינתן שהעלות השולית של יחידות 1, 2, 3, 4 ו-5 היא 10, 20, 30, 40 ו-50, בהתאמה, ובהינתן שמידת נכונותם של הצרכנים לשלם בעבור אותן יחידות (אשר שווה לפדיון השולי ממכירתן) היא 100, 80, 60, 40 ו-20, בהתאמה, תשווק הפירמה בסופו של דבר 4 יחידות, וסך הרווח שלה יעמוד על 180 (לעומת רווח של 130 תחת משטר של מחיר אחיד).

פרק ב: הפליית מחירים מדרגה ראשונה – האם זו שיטת המחרה בת-קיימא בשווקים הצרכניים המודרניים?

מן הדיון בפרק הקודם עולה כי פירמה הנוקטת הפליית מחירים מדרגה ראשונה משיאה את רווחיה. לנוכח מסקנה זו היה אפשר לצפות שהפליית מחירים מדרגה ראשונה תהיה האסטרטגיה המועדפת על כלל הפירמות בשווקים הצרכניים. ברם, יכולתן ונכונותן של פירמות לנקוט הפליית מחירים תלויה בגורמים נוספים שאינם תלויים בהכרח בהן, כגון יכולתן לעמוד על המחיר המרבי שכל אחד מהצרכנים מוכן לשלם בעבור המוצר, יכולתן לנהל משא-ומתן פרטני עם כל אחד מהצרכנים, התייחסותם של הצרכנים לשיטת המחרה זו, יכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים סמויה שנעשית ללא ידיעתם של הצרכנים, מידת יכולתם של הצרכנים לקבל החלטה רציונלית המשיאה את תועלתם האישית, ולבסוף – רמת התחרותיות ומבנה התחרותיות בשוק.²⁴ בחלק זה של הדיון

או הערכת-חסר. במובן זה קיים פער בין פונקציית התועלת האמיתית של כל אחד מהצרכנים לבין פונקציה זו כפי שהיא מחושבת על-ידי הפירמה.

24 בספרות הכלכלית מקובל להצביע על גורמים נוספים המשפיעים על יכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה. למשל, על הפירמה להיות מסוגלת למנוע צרכן אחד מלמכור את המוצר או השירות שרכש לצרכן אחר, שאם לא כן יתפתח שוק משני בין הצרכנים עצמם, שבו צרכן א עם מידת נכונות נמוכה (שרכש מהפירמה במחיר נמוך) ימכור לצרכן ב עם מידת נכונות גבוהה

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

אעמוד על כל אחד מהגורמים, כדי לבחון אם הפליית מחירים מדרגה ראשונה הינה שיטת המחרה בת־קיימא בשווקים הצרכניים המודרניים. ניתוח הגורמים הללו יסייע בהבנת הנסיבות שבהן הפירמות מנהיגות הפליית מחירים מדרגה ראשונה. דבר זה חשוב הן לשם בחינת חוקיותה של הפליה זו מכוח הדין הקיים והן לשם בחינת הריאקציה הנורמטיבית הראויה.

אקדים מסקנה לניתוח ואומר כי ניתוח עיוני של כל הגורמים לעיל מוביל לכמה תובנות: **ראשית**, למהפכת המידע המתרחשת בעשורים האחרונים, אשר הביטוי הבולט שלה הוא רשת האינטרנט, יש השפעה על כל אחד מן הגורמים לעיל: על יכולתן של הפירמות לעמוד על המחיר המרבי של הצרכנים; על יכולתן לנהל משא-ומתן פרטני עם הצרכנים; על האופן שבו הצרכנים מתייחסים להפליית מחירים מדרגה ראשונה; על יכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים סמויה; על יכולתם של הצרכנים לקבל החלטות קנייה רציונליות; ועל מבנה השווקים ורמת התחרותיות שלהם. דבר זה גורם לשינוי מהותי במידת נכונותן ובמידת יכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה. אומנם, מהפכת המידע עודה בעיצומה, ועל־כן טרם התגבשה פרספקטיבת זמן מספקת כדי לעמוד על טיבה ועוצמתה של השפעה זו. עם זאת, ניתן להצביע על מגמה מסתמנת שלפיה מהפכת המידע מגדילה את מידת נכונותן ומידת יכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה.²⁵ מסקנה זו מתיישבת עם הטענה המועילית בספרות הכלכלית החוקרת את הפליית המחירים בכלל, לרבות הפליית מחירים בעידן האינטרנט, שלפיה שיטת המחרה זו נהפכת לשיטה השלטת במאה העשרים ואחת, חרף העובדה שטרם ניתן למצוא דוגמות רבות המאששות מסקנה זו.²⁶

יותר במחיר גבוה מהמחיר ששילם צרכן א אך נמוך מהמחיר שהפירמה הייתה דורשת מצרכן ב. תופעה זו, שבה צרכנים עם מידת נכונות נמוכה מוכרים לצרכנים עם מידת נכונות גבוהה יותר, מכונה בכלכלה "ארביטריד" (arbitrage). ראו: Dennis S. Corgill, *Distributing Products Under the Nonprofit Institutions Act: Price Discrimination, Arbitrage, and Fraud in the Pharmaceutical Industry*, 2001 B.Y.U. L. REV. 1383, 1404 (2001) או השירות הרלוונטיים יהיו בלתי־ניתנים למכירה מחדש מעצם טבעם – למשל, טיפול רפואי או שירותים משפטיים. להרחבה על התנאים הנדרשים לשם ביצוע הפליית מחירים מדרגה ראשונה ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 20, בעמ' 575; Michael L. Katz, *Price Discrimination and Monopolistic Competition*, 52 *ECONOMETRICA* 1453 (1984).

25 להיסטוריה של הפליית מחירים ראו קוטלר והורניק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 568–575; Mark Klock, *Unconscionability and Price Discrimination*, 69 *TENN. L. REV.* 317, 331 (2002) לקשר שבין ההתפתחויות הטכנולוגיות לבין היכולת להפלות במחירים ראו: David Ulph & Nir Vulkan, *Electronic Commerce and Competitive First-Degree Price Discrimination* (2000), else.econ.ucl.ac.uk/papers/vulkan.pdf; Andrew Odlyzko, *Privacy, Economics, and Price Discrimination on the Internet*, 3(12) *ICFAIAN J. MGMT. RES.* 39 (2004).

26 ראו, למשל: James E. Priege & Daniel Heil, *The Microeconomic Impacts of E-Business on the Economy* 16 (2009), available at ssrn.com/abstract=1407713; Sandy Kurtzig, *Price Discrimination is All Around You*, 33 *BITS OF ENTROPY* (Nov. 2, 2011), .33bits.org/2011/06/02/price-discrimination-is-all-around-you/

שנית, השווקים הצרכניים אינם עשויים אומנם מקשה אחת, והשפעתה של מהפכת המידע על שווקים אלה אינה אחידה, דבר שמשפיע על יכולתן ונכונותן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה. עם זאת, נראה כי הנהגת הפליה זו מסתמנת בחלק-הארי של שווקים אלה.

זאת ועוד, המסקנה מהניתוח העיוני לעיל נתמכת על-ידי הניסיון המעשי. אומנם, טרם נוצרה פרספקטיבת זמן מספקת המאפשרת עמידה על שיטות ההמחרה המרכזיות של השווקים המודרניים שנוצרו בהשפעתה של מהפכת המידע. ברם, הניסיון המעשי של שני העשורים האחרונים מלמד כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה נהפכת לשיטת ההמחרה השלטת בפירמות רבות יותר ויותר, במיוחד באלה הפועלות ברשת האינטרנט. במחקר מקיף שנעשה בשנת 2005 על-ידי מכון אנברג שבאוניברסיטת פנסילוניה זוהו כמה מקרים של הפליית מחירים מדרגה ראשונה: חנות צילום מקוונת גבתה מחירים שונים בעבור אותו ציוד דיגיטלי בהתבסס על מידע שהתייחס לביקורי הגולשים באתרי השוואת מחירים. גולש שביקר קודם לרכישה בכמה אתרי השוואת מחירים זכה במחיר נמוך יחסית, שכן האתר סיווג אותו כלקוח "מחפש מציאות", בעוד לקוח שהגיע לאתר באופן ישיר, ולא ערך השוואת מחירים קודם לרכישה, סווג כלקוח אדיש יותר, ולכן התבקש לשלם מחיר גבוה יותר בעבור אותו מוצר.²⁷ במחקר אחר שנעשה על אתרים גדולים וידועים למכירת כרטיסי טיסה התגלו פערים בין המחירים המוצעים לצרכנים שונים, חלקם אף בהפרש משמעותי, אשר נובעים בעיקרם מאופן החיפוש ומעומק החיפוש שהצרכן עורך.²⁸ על כך יש להוסיף כי אתרים אחדים הנוקטים שיטת המחרה זו מתארים אותה בשמות שונים כדי לרכך את ההתנגדות לה. כך, למשל, אתרים רבים מכריזים כיום על שיטת המחרה הנקראת "מחירים אישיים" (personal pricing), שלפיה העוסק יתאים את המחיר באופן אישי ללקוח בהתאם לנתונים שהלה יספק. כפי שיובהר בהמשך, זוהי אותה הפליית מחירים מדרגה ראשונה, אלא שהפירמות, בחוכמה רבה, בחרו לכנותה "המחרה אישית" כדי להעניק לה נופך של טיפול אישי בלקוח, שכן לכינוי "הפליית מחירים" יש קונוטציה שלילית ברורה.²⁹ כמו-כן, הפליית מחירים מדרגה ראשונה לא פסחה על אתרים שמספקים שירותי תוכן, שהם השירותים העיקריים שניתנים באתרי הרשת.³⁰

27 ראו: Joseph Turow, Lauren Feldman & Kimberly Meltzer, *Open to Exploitation: American Shoppers Online and Offline* 10–11 (Annenberg School for Communication, 2005), repository.upenn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1035&context=asc_papers של מכון אנברג).

28 William J. McGee, *Major Travel Sites Face Credibility Crunch – An Examination of Booking First-Class Tickets Online*, CONSUMER REPORTS (Mar. 1, 2005), consumersunion.org/wp-content/uploads/2013/05/first-class.pdf

29 להרחבה על אתרים אלה ראו: Erik Brynjolfsson, *Personal Pricing aka First Price Degree*, ECON. OF INFO. (Nov. 7, 2010), www.economicsofinformation.com/Discrimination, 2010/11/personal-pricing-aka-first-degree-price.html

30 Martin Langeveld, *Selling Online News Content Like Airline Seats: Price* ראו:

דוגמות אלה, ועוד רבות כמותן, מחזקות את התחושה שהפליית מחירים היא לא רק בת-קיימא, אלא אף נהפכת לשיטת ההמחרה השלטת בשווקים הצרכניים.³¹ פרק זה מוקדש לדיון בסיבות למגמה זו. בין היתר ייבחנו הגורמים האפשריים שיכולים להשפיע על נכונותן ויכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה, וההשפעה שיש לשינויים הטכנולוגיים של העשורים האחרונים – ובראשם רשת האינטרנט – על כל אחד מאותם גורמים.

1. העלויות הכרוכות בכריית מידע אישי על-אודות הצרכנים

כדי שפירמה תוכל להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה – כלומר, לגבות מכל צרכן את המחיר המרבי שהוא מוכן לשלם בעבור המוצר – היא צריכה להיות מצוידת במידע על-אודות המחיר המרבי שכל אחד מהצרכנים מוכן לשלם. מטבע הדברים, מידע זה אינו נמצא ברשותה של הפירמה, ועל-כן היא תצטרך להשיגו מהצרכנים עצמם. יש להניח כי הצרכנים לא יהיו מוכנים למסור מידע זה באופן וולונטרי, בשל רצונם להשיג מחירים נמוכים יותר מהמחיר המרבי שהם מוכנים לשלם.³² בהעדר נכונות כזו מצד הצרכנים, על הפירמות לנסות לדלות מידע זה מתוך מידע אישי אחר על-אודות הצרכנים. הליך הסקת המידע (או שמא הפקת מידע) מתוך מידע קיים אחר מכונה, כאמור, "כריית מידע" (data mining).³³ הליך זה מורכב משלושה שלבים: **השלב ראשון** הוא שלב האיסוף, ובו על הפירמה לנסות לאסוף מידע אישי רב על-אודות הצרכן, כדי שתוכל לבצע הערכה מושכלת ומדויקת יותר באשר למחיר המרבי שהוא מוכן לשלם בעבור המוצר. **השלב השני** הוא שלב אחסון המידע במאגרי המידע של הפירמה, על-מנת שיהיה אפשר לעשות בו שימוש בשלב מאוחר יותר. **השלב השלישי** הוא שלב עיבוד המידע האישי שנאסף והערכתו, שממנו מבקשת הפירמה ללמוד מהו המחיר

Discrimination Maximizes Revenue, NIEMAN JOURNALISM LAB (June 1, 2009), www.niemanlab.org/2009/06/selling-online-news-content-like-airline-seats-price-discrimination-maximizes-revenue/

31 כאמור לעיל ליד ה"ש 26, בספרות הכלכלית החוקרת הפליית מחירים בכלל, והפליית מחירים בעידן האינטרנט בפרט, קיימת הסכמה כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה היא העתיד של שיטות ההמחרה, חרף העובדה שאי-אפשר למצוא דוגמות רבות המאששות תחושה או מסקנה זו.

32 David Gilo & Ariel Porat, *The Hidden Roles of Boilerplate and Standard-Form Contracts: Strategic Imposition of Transaction Costs, Segmentation of Consumers, and Anticompetitive Effects*, 104 MICH. L. REV. 983, 993 (2006).

33 המושג "כריית מידע" נגזר מפעולת הכרייה הגיאולוגית שבה כורים באדמה כדי למצוא אוצרות-טבע. להרחבה על כריית מידע ועל השימושים שלו באסטרטגיות השיווק של הפירמות ראו "כריית מידע (Data Mining) בעולם המכירות און-ליין באינטרנט" – **פורטל השיווק של ישראל** Michael J. ; www.allmarketing.co.il/?CategoryID=555&ArticleID=875 24.4.2005
Shaw, Chandrasekar Subramaniam & Gek Woo Tan, *Knowledge Management and Data Mining for Marketing*, 31 DECISION SUPPORT SYSTEMS 127, 128 (2001).

המרבי שהצרכן מוכן לשלם בעבור מוצר נתון.³⁴ כל אחד משלושת השלבים – איסוף, אחסון ועיבוד – אינו קל לביצוע, וכרוך בעלות שאינה זניחה. מכאן, פירמה רציונלית הפועלת להשאת תועלתה האישית לא תהיה נכונה לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה כל אימת שהעלות הכרוכה בכריית המידע גבוהה.

אכן, העלות הגבוהה שהייתה כרוכה בכריית המידע היא הסיבה העיקרית לכך שרוב הפירמות לא הנהיגו הפליית מחירים מדרגה ראשונה בשווקים הצרכניים המודרניים עובר למהפכת המידע של העשורים האחרונים. אסביר. את הופעתם של השווקים הצרכניים המודרניים ניתן לייחס למהפכה התעשייתית שהחלה בסוף המאה התשע-עשרה. השינויים הטכנולוגיים והכלכליים שחוללה מהפכה זו הובילו לשינויים בתהליכי הייצור, ההפצה וההספקה של המוצרים. בין סימני-ההיכר של השווקים הכלכליים בתקופה זו ניתן למנות ייצור ושיווק המוני של מוצרים, ריבוי מוכרים וקונים, והתפתחות עצומה במסחר הקמעונאי-צרכני. אסטרטגיית השיווק השלטת בשווקים אלה הייתה "שיווק המוני" – הפירמה עסקה בייצור מוצר המוני, בהפצה המונית ובקידום המוני של מוצר אחד לכלל הצרכנים. התחרות בין הפירמות התמקדה במישור המוצר, ולמחירו היה תפקיד עיקרי. להלן נכנה את התחרות הזו "התחרות המסורתית". התחרות המסורתית מתבססת על ניצול שווקים מצרפיים של לקוחות שאינם ניתנים להבחנה זה מזה. לאחר פיתוח המוצר וייצורו, היצרן משתמש בקידום מכירות כדי למשוך אליו לקוחות פוטנציאליים. קידום המכירות במודל התחרותי המסורתי מתמקד בדרך-כלל במאפייניו המיוחדים של המוצר, ובעיקר במחיר. באסטרטגיית שיווק זו הפירמה נאלצת להציג את מחירה בצורה אחידה, כדי למשוך אליה מספר רב יותר של לקוחות. הראשונים שנקטו מדיניות זו היו הרשתות הקמעונאיות הגדולות בארצות-הברית באותה תקופה: פרנק וולוורת (F.W. Woolworth); ג'ון וונמייקר (John Wannamaker); מייסי (R.H. Macy) וטיפני ושות' (Tiffany & Co.).³⁵ בשווקים אלה הנהגת הפליית מחירים מדרגה ראשונה פשוט לא הייתה אפשרית, למעט במספר מצומצם של שווקים.³⁶ הסיבה לכך היא שהמצב הטכנולוגי באותה תקופה לא אפשר לפירמות לאסוף מידע אישי על-

34 כאמור לעיל בה"ש 23, וכפי שיורחב להלן בחלק ד(א), גם קיומו של מידע מושלם בידי הפירמות על-אודות כל אחד מהצרכנים אינו מבטיח שתהיה לפירמה היכולת להעריך נכונה את המחיר המרבי שכל אחד מהצרכנים נכון לשלם. מכאן שגם הליך כריית המידע, מדויק ככל שיהיה, אינו מבטיח לפירמה שהפליית מחירים מדרגה ראשונה תניב תוצאות מושלמות מבחינתה.

35 ראו קוטלר והורניק, לעיל ה"ש 6, בעמ' 549; JOSEPH TUROW, NICHE ENVY: MARKETING ; 549 (2006). DISCRIMINATION IN THE DIGITAL AGE 25 (2006).

36 בין השווקים שהיה אפשר להנהיג בהם הפליית מחירים מדרגה ראשונה ניתן למנות את שוק הרכבים המשומשים, שווקים של מוצרי יוקרה וכן שווקים של שירותים אישיים ומקצועיים. המאפיין העיקרי של שווקים אלה הוא שעל-פירוב מתנהל בהם משא-ומתן מוקדם בין הצדדים, המאפשר לפירמות לנסות לעמוד, ולו בקירוב, על מידת נכונותו של כל אחד מהצרכנים לשלם בעבור המוצר.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

אודות הצרכנים שניתן ללמוד ממנו על המחיר המרבי שכל אחד מהם נכון לשלם.³⁷ איסוף מידע על-אודות כל אחד מהצרכנים היה מצריך באותה תקופה מעקב פיזי אחרי כל אחד ואחד מהם, ודבר זה, אם היה ניתן בכלל לביצוע, היה משית על הפירמה עלויות גבוהות מאוד.³⁸

ההתפתחויות הטכנולוגיות של שני העשורים האחרונים, ובראשן רשת האינטרנט, הפחיתו במידה ניכרת את העלויות הכרוכות בכרייתו, באגירתו ובעיבודו של מידע על-אודות מידת נכונותם של הצרכנים לשלם בעבור המוצרים השונים, והדבר הפך את הפליית המחירים מדרגה ראשונה לאפשרית ולכדאית כאחת.³⁹ באשר לאיסוף המידע, באופן עקרוני ניתן להצביע על שלושה מנגנונים לאיסוף מידע אישי על-אודות הצרכנים. המנגנון הראשון הוא תשואל, שבמסגרתו הפירמות דורשות מהצרכנים לספק (לרוב באמצעות מילוי שאלון) מידע אישי על-אודותיהם, כגון גיל, מין, כתובת, העדפות וכיוצא בהם. מנגנון זה נפוץ מאוד באתרי האינטרנט השונים. מחקרים מצביעים על כך שצרכנים רבים נענים לדרישות אלה. יתר על כן, ממחקרים אלה עולה כי מידת נכונותם של הצרכנים לספק מידע אישי על-אודותיהם גבוהה יותר ברשת האינטרנט מאשר בסביבה הפיזית הרגילה.⁴⁰

37 יש להדגיש כי בשווקים אלה נקטו הפירמות הפליית מחירים מדרגה שנייה ומדרגה שלישית. הסיבה העיקרית לכך היא ששיטות אלה מגדילות את רווחיהן של הפירמות בהשוואה לשיטת המחיר האחיד, ונקיטתן אינה כרוכה בעלויות כבדות.

38 זו הסיבה לכך שחלק מהכלכלנים טענו באותה תקופה שהפליית מחירים מדרגה ראשונה פשוט אינה אפשרית. ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 20, בעמ' 575; Marcel Kahan & Ehud Kamar, *Price Discrimination in the Market for Corporate Law*, 86 CORNELL L. REV. 1205, 1216 (2001); Kevin Outterson, *Pharmaceutical Arbitrage: Balancing Access and Innovation in International Prescription Drug Markets*, 5 YALE J. HEALTH POL'Y L. & ETHICS 193, 204 (2005); RICHARD A. POSNER, ANTITRUST LAW 80 (2nd ed. 2001); RICHARD A. POSNER, ECONOMIC ANALYSIS OF LAW 283 (6th ed. 2003).

39 לקשר שבין ההתפתחויות הטכנולוגיות, כריית מידע והיכולת להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, ראו: Tracy R. Lewis & David E.M. Sappington, *Supplying Information to Facilitate Price Discrimination*, 35 INT'L ECON. REV. 309 (1994); Tal Z. Zarsky, *"Mine Your Own Business!": Making the Case for the Implications of the Data Mining of Personal Information in the Forum of Public Opinion*, 5 YALE J. L. & TECH. 1 (2003); Douglas M. Kochelek, *Data Mining and Antitrust*, 22 HARV. J. L. & TECH. 515 (2009).

40 יש לציין שתופעה זו היא חלק ממגמה רחבה יותר של התגברות נכונותם של צרכנים לספק מידע אישי על-אודותיהם. ראו: Sarah Spiekermann, Jens Grossklags & Bettina Berendt, *E-Privacy in 2nd Generation E-Commerce: Privacy Preferences versus Actual Behavior*, 3rd ACM CONFERENCE ON ELECTRONIC COMMERCE-EC '01, 38 (2002); Jupiter Research, *Seventy Percent of US Consumers Worry about Online Privacy, but Few Take Protective Action* (2002), www.pnnewswire.com/news-releases/70-of-us-consumers-worry-about-online-privacy-but-few-take-protective-action-reports-jupiter-media-matrix-77697202.html; Alessandro Acquisti & Jens Grossklags, *Privacy Attitudes*

המנגנון השני לאיסוף מידע אישי על-אודות הצרכנים הוא בילוש והתחקות אחריהם. ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים הובילו להמצאת מכשירים טכנולוגיים המאפשרים לפירמות לערוך מעקבים אלקטרוניים ולתעד כמעט כל תנועה של הצרכן. כך, למשל, קיימות טכנולוגיות תקשוב המבוססות על רשת האינטרנט אשר מעניקות לאתרים את היכולת לעקוב אחר כל צעד שהמשתמש עושה במרחב הרשת, וזאת בעלות זניחה.⁴¹ באמצעות טכנולוגיות אלה האתרים יכולים לאסוף מידע אישי רב על-אודות המשתמשים, כגון האתרים שבהם ביקרו, המוצרים שרצו לקנות, המוצרים שקנו בסופו של דבר ועוד. בדרך זו, כל התנהגות של המשתמש במרחב הרשת מתועדת אצל אתר אחד או יותר, ומבחינתו של מבצע המעקב, הדבר כרוך כאמור בעלות זניחה.⁴²

מנגנון שלישי לאיסוף מידע אישי על-אודות הצרכנים הוא רכישתו מפירמות שמתמחות בכך. גורמים מסחריים זיהו את הביקוש ההולך וגובר למידע אישי, והם אוספים מידע זה לשם מכירתו לכל מי שמוכן לשלם בעבורו.⁴³

כאמור, ההתפתחויות הטכנולוגיות הובילו גם להפחתה ניכרת של העלות הכרוכה בעיבוד המידע האישי שנאסף ובהפקת מידע חדש ממנו. לענייננו, מידע זה מקנה

and Privacy Behavior: Losses, Gains, and Hyperbolic Discounting, in THE ECONOMICS OF INFORMATION SECURITY 1 (L. Jean Camp & Stephen Lewis eds., 2004)

- 41 הטכנולוגיה הידועה ביותר בהקשר זה מכונה "עוגיות" (cookies): מדובר בקובצי מחשב המשוגרים על-ידי המחשב השרת (server) המאחסן את האתר של הפירמה אל המחשב שבאמצעותו ביקר הצרכן באתר זה. קבצים אלה נשמרים בכונן הקשיח שבמחשבו של הצרכן, ומתחילים להתמלא במידע רב על הצרכן בעקבות כל פעולה שהלה עושה ברשת האינטרנט. המידע הרב שנצבר מוחזר אל האתר ששיגר את ה"עוגייה" מלכתחילה (יש מקרים שבהם המידע מוחזר גם לאתרים אחרים או שאתר שולף גם "עוגיות" של אתרים אחרים). בסופו של תהליך זה יש בידי הפירמה בעלת האתר מידע פרטי, אישי ורב ערך על הצרכנים, אשר כולל, בין היתר, את האתרים שבהם ביקר הצרכן, את המוצרים שקנה, את המחירים ששילם, וכן את העדפותיו וצרכיו. "עוגיות" יכולות לשמש, הלכה למעשה, ליצירת פרופיל מפורט של המשתמש. לדיון נרחב ב"עוגיות" ראו: Jessica J. Thill, *The Cookie Monster: From Sesame Street to Your Hard Drive*, 52 S.C. L. REV. 921 (2001).
- 42 זאת, בהתאם לחוק מור (Moore law), שלפיו היחס עלות-יעילות של שבבי המחשב הולך ויורד בצורה ניכרת. להרחבה ראו: Manfred Lachs, *Views from the Bench: Thoughts on Science, Technology and World Law*, 86 AM. J. INT'L L. 673 (1992).
- 43 ראו אמל ג'בארין "המסחר במידע האישי: בין המצוי לרצוי" **מאזני משפט** ז 253 (2010); Sarah Ludington, *Reining in the Data Traders: A Tort for the Misuse of Personal Information*, 66 MD. L. REV. 140, 143 & nn. 8-9 (2006). דוגמה לחברה כזו היא חברת acxiom האמריקאית, המחזיקה מאגר מידע על רוב אזרחי ארצות-הברית. בתמורה לתשלום, חברה זו מספקת מידע על הכנסה, מצב משפחתי, מצב פיננסי, אורח חיים ואפילו פרופיל פסיכולוגי של כל אדם הנמצא במאגר המידע שלה. דוגמה נוספת היא חברת Medical Marketing Services (MMS), שמוכרת רשימות של חולים במחלות שונות, כגון דיכאון, סוכרת, השמנת-יתר ועוד. החברה המפורסמת ביותר בהקשר זה היא חברת ChoicePoint. ראו אמל ג'בארין "בעלות ומסחר במידע רפואי: בין מצוי לבין רצוי" **משפט רפואי וכירואטיקה** 3, 211 (2010).

משפט ועסקים טו, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

לפירמה את היכולת לבנות בעבור כל אחד מלקוחותיה פרופיל אישי (profiling).⁴⁴ פרופיל מדויק של הצרכן מאפשר לפירמה לעשות בו שימושים שונים.⁴⁵ בין היתר הפירמה יכולה, באמצעות תוכנות מיוחדות, לנסות לחשב את פונקציית הביקוש של הצרכן, להעריך את מידת נכונותו לשלם בעבור מוצר נתון, ולחייבו בהתאם.⁴⁶ הנה כי כן, ההתפתחויות הטכנולוגיות הפחיתו את העלות הכרוכה בהשגת מידע (וליתר דיוק – בכריית מידע) על-אודות מידת נכונותו של הצרכן לשלם, ובכך הגבירו את נכונותן של פירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה בהסתמך על מידע זה.⁴⁷ זוהי הפליית מחירים מדרגה ראשונה המבוססת על כריית מידע.

2. התייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה

אחד הגורמים המשפיעים על יכולתן ונכונותן של פירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה הוא האופן שבו הצרכנים מגיבים על שיטת המחירה זו, אשר נגזר מן האופן שבו הם תופסים אותה. יש להניח כי ככל ששיטת המחירה זו תיתפס בעיני הצרכנים כהגונה יותר כן תלך ותפחת התנגדותם אליה, דבר שיגדיל את נכונותן ויכולתן של הפירמות להשתמש בה.⁴⁸ לעומת זאת, ככל ששיטת המחירה זו תיתפס כלא-הגונה כן תלך ותגדל התנגדותם של הצרכנים אליה, והדבר יפחית את יכולתן ונכונותן של הפירמות להשתמש בה.⁴⁹ זאת, בשל חששה של כל אחת מהפירמות שמא זעמם של הצרכנים על שיטה זו

44 ראו: Rachel Zimmerman & Glenn R. Simpson, *Lobbyists Swarm to Stop Tough Privacy Bills in States*, WALL ST. J., Apr. 21, 2000, at A16.

45 ראו: Benjamin R. Sachs, *Consumerism and Information Privacy: How Upton Sinclair Can Again Save Us from Ourselves*, 95 VA. L. REV. 205, 218–219 (2009).

46 סקר שנערך בין 456 פירמות מובילות מעלה כי 48% מתוכן כבר משתמשות בתוכנות המחירה שונות, ו-25% נוספות מתעדות לרכוש אחת מהתוכנות הפועלות בשוק. Ke-Wei Huang, *Equilibrium Market Segmentation for Targeted Pricing Based on Customer Characteristics* 2 (2010), available at papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1292508.

47 ראו גם Odlyzko, לעיל ה"ש 25, בעמ' 43; Anita Ramasastry, *Web Sites Change Prices Based on Customers' Habits*, CNN.COM (June 24, 2005), www.cnn.com/2005/LAW/06/24/ramasastry.website.prices/; William W. Fisher III, *When Should We Permit Differential Pricing of Information?*, 55 U.C.L.A. L. REV. 1, 4 (2007); Joseph P. Bailey, *Electronic Commerce: Prices and Consumer Issues for Three Products: Books, Compact Discs, and Software* 15 (OECD Working Paper, OCDE/GD (98)4, 1998).

48 מטבע הדברים, יכולתה של פירמה להפלות מותנית בקיומם של גורמים נוספים הקשורים לרמת התחרות בשוק, כפי שיפורטו בפרק זה. אולם הטיעון הוא שתפיסתם של הצרכנים בנוגע להגינותה של שיטת ההמחירה היא גורם נוסף שמשפיע על יכולתן ונכונותן של פירמות להפלות ביניהם. במובן זה, הגינות יכול שתהיה תנאי הכרחי ליכולת להפלות, אך בוודאי לא תנאי מספיק.

49 לקשר בין היכולת להנהיג המחירה דינמית-מפלה לבין האופן שבו הצרכנים תופסים שיטת המחירה זו ראו: Margaret C. Campbell, *"Why Did You Do That?" The Important Role of Inferred Motive in Perceptions of Price Fairness*, 8(2) J. PRODUCT & BRAND MGMT. 145 (1999);

יניע אותם לנטוש אותה ולעבור לפירמות המתחרות. פרשת אמזון היא דוגמה מובהקת לכך: לנוכח תגובתם הנזעמת של הצרכנים עם היוודע דבר השימוש של האתר בהפליית מחירים, נטש האתר לגמרי את שיטת ההמחרה הזו, ועבר במהרה לשיטת המחיר האחיד. מכאן, כדי לבחון את מידת נכונותן ומידת יכולתן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה, יש לעמוד על התייחסותם של הצרכנים לשיטת המחרה זו. פרשת אמזון מהווה מקרה-בוחן ראשוני, שניתן ללמוד ממנו על התייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים. כאמור, צרכנים רבים הגיבו בכעס ובזעם על הפרקטיקה שנקט אתר אמזון. מבחינתם, הפליית מחירים נתפסת כהתנהגות לא-הוגנת וכפגיעה בזכותם הבסיסית לשוויון ברכישת מוצרים ושירותים. מחקרים תיאורטיים הן מתחום הכלכלה והן מתחום השיווק אשר בחנו את התייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה מצביעים על כך שרוב הצרכנים רואים בשיטת המחרה זו שיטה לא-הוגנה, דבר שמניא חלק גדול מהפירמות מלהשתמש בה.⁵⁰ נוסף על כך, במחקר של מכון אנברג נמצאו, בין היתר, התוצאות הבאות: 87% מהצרכנים הביעו התייחסות שלילית לשימוש של פירמות בהפליית מחירים מדרגה ראשונה; 68% הביעו התנגדות לכך שהפירמה תשנה את המחיר על-סמך התנהגות הקנייה שלהם (הפליית מחירים מדרגה ראשונה המבוססת על כריית מידע); 84% ציינו כי על הפירמות ליידע את הצרכנים בדבר שיטות ההמחרה שלהן, במיוחד כאשר מדובר בהמחרה מפלה; ו-64% מהצרכנים סברו כי הפליית מחירים הינה בלתי-חוקית על-פי המשפט האמריקאי (אף שהפליה כזו הינה חוקית).⁵¹

Lisa E. Bolton & Joseph W. Alba, *Price Fairness: Good and Service Differences and the Role of Vendor Costs*, 33(2) J. CONSUMER RES. 258 (2006); Kelly L. Haws & William O. Bearden, *Dynamic Pricing and Consumer Fairness Perceptions*, 33(3) J. CONSUMER RES. 304 (2006).

Julio J. Rotemberg, *Fair Pricing*, 9 J. EUR. ECON. ASS'N 952 (2011); John W. Pratt, 50 David A. Wise & Richard Zeckhauser, *Price Differences in Almost Competitive Markets*, 93 Q. J. ECON. 189 (1979); Bev Dahlby & Douglas S. West, *Price Dispersion in an Automobile Insurance Market*, 94 J. POL. ECON. 418 (1986); Lars A. Stole, *Price Discrimination and Competition*, in HANDBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 2221 (M. Armstrong & R. Porter eds., 2007). לגורמים נוספים שמשפיעים על תפיסת ההגינות של המחיר בעיני הצרכנים ראו: Margaret C. Campbell, *Perceptions of Price Unfairness: Antecedents and Consequences*, 36 J. MARK. RES. 187 (1999); Lan Xia, Kent B. Monroe & Jennifer L. Cox, *The Price is Unfair! A Conceptual Framework of Price Fairness Perception*, 68(4) J. MARK. 1 (2004).

51 ראו המחקר של מכון אנברג, לעיל ה"ש 27. יש להדגיש כי התייחסותם השלילית של הצרכנים אינה ייחודית להפליית מחירים מדרגה ראשונה, אלא חלה גם על סוגי ההפליות האחרים. כך, 76% מהצרכנים ציינו כי העובדה שצרכנים אחרים שילמו פחות בעבור אותו מוצר מציקה להם; 72% התייחסו בשלילה לכך שהפירמה מעניקה להם הנחות במטרה להעמיק את נאמנותם (הפליית מחירים מדרגה שנייה); 64% התייחסו בשלילה לכך שצרכנים אחרים מקבלים הנחת תלוש בעבור אותו מוצר שהם רכשו (הפליית מחירים מדרגה שנייה); 79% הביעו התייחסות שלילית לעובדה

לכאורה, המסקנה העולה ממחקרים אלה היא שלנוכח התייחסותם השלילית של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה יש להניח כי הפירמות לא ינהיגו שיטה זו, למצער בצורה גלויה, חרף היכולת הטכנית שלהן לעשות כן.⁵² אולם מסקנה זו אינה מתיישבת עם המציאות המתהווה בשווקים הצרכניים, שבה חלק לא-מבוטל מהפירמות מנהיגות בכל-זאת הפליית מחירים מדרגה ראשונה. אומנם, כפי שיתואר בהרחבה בפרק זה, ניתן להצביע על כמה גורמים המאפשרים לפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, אולם ניתן לייחס יכולת זו גם לעובדה שלפחות חלק מהצרכנים רואים בשיטת המחרה זו שיטה הוגנת. כיצד אם כן ניתן להסביר את הסתירה בין ממצאי המחקר של מכוון אנברג לבין המציאות הלכה למעשה? ניתן לספק לכך שני סוגים של הסברים.

סוג אחד של הסברים עניינו בכשלים אינהרנטיים ומתודולוגיים שהמחקר לעיל נגוע בהם, אשר נוטלים ממנו את היכולת לעמוד באופן מלא ואמיתי על התייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה. **ראשית**, המונח "הגינות" הינו מונח עמום, שאי-אפשר למצות את משמעותו – או שמא יש לומר את משמעויותיו השונות – בהגדרה אופרטיבית אחת.⁵³ על כך יש להוסיף כי מדובר במונח "סובייקטיבי", תלוי-תרבות ותלוי-הקשר, אשר משמעותו יכולה להשתנות מצרכן לצרכן. דבר זה מעמיד בספק את יכולתו של מחקר אמפירי, טוב ככל שיהיה, ללמוד על ההתייחסות האמיתית של הצרכנים להפליית מחירים. **שנית**, המחקר בחן הפליית מחירים מדרגה ראשונה המבוססת על כריית מידע אישי מהצרכנים, ולא בחן הפליית מחירים מדרגה ראשונה המבוססת על מנגנון המשא-ומתן. הליך המשא-ומתן – או מה שמכונה "הליך ההתמקחות" – יכול לשמש מנגנון המאפשר לפירמה לעמוד, במידה כזו אחרת, על המחיר המרבי שהצרכן מוכן לשלם בעבור המוצר, ולפעול בהתאם. מטבע הדברים, שיטת המחרה זו, המבוססת על ניהול משא-ומתן יחידני עם כל צרכן בנפרד, הינה

שניתנת הנחה לצרכנים שגילם גבוה מארבעים וחמש (הפליית מחירים מדרגה שלישית); 68% הביעו התייחסות שלילית להנחה שניתנת דווקא לילדים מתחת לגיל מסוים (הפליית מחירים מדרגה שלישית). יש להדגיש שגם בספרות התיאורטית מתחומי הכלכלה, השיווק והמשפטים נטען כי התייחסותם של הצרכנים הינה שלילית לכל סוגי ההפליה, ולא דווקא להפליה מדרגה ראשונה. ראו Odlyzko, לעיל ה"ש 25, בעמ' 43: "people do not like being subjected to dynamic pricing." There is abundant evidence of this, as shown, for example, in reactions to airline yield management and the moves to extend such practices to other areas". אודליזקו גם מביא (שם, בעמ' 49–53) דוגמות רבות של מקרים מן העבר שבהם הגיבו צרכנים בזעם משהתברר להם שפירמות מנהיגות הפליית מחירים. להרחבה נוספת על ההתייחסות השלילית של צרכנים להפליית מחירים ראו: Matthew A. Edwards, *Price and Prejudice: The Case Against Consumer Equality in the Information Age*, 10 LEWIS & CLARK L. REV. 559, 585 (2006).

52 טענה זו הינה חלק מטענה ידועה בתורת השוק המשוכלל שלפיה הפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה יכולה לשרוד בשווקים עם תחרות משוכללת. להרחבה על טענה זו ראו להלן ה"ש 65.

53 להגדרות שונות של מונח זה ראו: Shlomo Maital, *Daniel Kahneman: On Redefining Rationality*, 33 J. SOCIO-ECON. 1 (2004); Daniel McFadden, *Rationality for Economists?*, 19 J. RISK & UNCERTAINTY 73 (1999).

הפליית מחירים מדרגה ראשונה בין הצרכנים, שכן בסופו של דבר כל צרכן משלם לפי מידת נכונותו.⁵⁴ הליך של משא-ומתן פשוט לא היה אפשרי ברוב השווקים הצרכניים עד לעשרים השנים האחרונות.⁵⁵ אולם רשת האינטרנט מקדמת את האפשרות לנקוט הפליה המבוססת על הליך משא-ומתן. כך, למשל, חלק מהפירמות מפעילות באתרי האינטרנט שלהן שיטת המחירה הזכירה בכינוי "הצע את המחיר שלך" (Name-Your-Own-Price או בקצרה NYOP).⁵⁶ לפי שיטה זו, האתר קובע לעצמו – בצורה סודית שאינה גלויה לצרכנים – מחיר-סף מינימלי שבו הוא נכון למכור את המוצר, ומבקש מהצרכנים הפוטנציאליים לנקוב את המחיר המרבי שהם מוכנים לשלם בעבורו. אם המחיר המוצע על-ידי הצרכן שווה למחיר-הסף או עולה עליו, אזי מתבצעת עסקה. אם המחיר המוצע נמוך ממחיר-הסף, המשך התהליך משתנה מאתר לאתר כפונקציה של האלגוריתם שהאתר מפעיל. יש להניח כי צרכנים שונים יציעו מחירים שונים, ועל-כן התוצאה של שיטה זו היא הפליית מחירים בין הצרכנים. יכולתה של שיטת המחירה זו – הפליית מחירים המבוססת על משא-ומתן – לשרוד בשווקים המודרניים יכולה ללמד כי היא נתפסת כאסטרטגיה הגונה על-ידי הצרכנים. על-פי תפיסה זו, מחיר הוגן הוא המחיר שעליו הסכימו הצדדים, ובלבד שמדובר בהסכמה אמיתית שניתנה מרצון, ללא לחץ, ללא שימוש בתכסיס פסול ובהינתן מידע מלא על-אודות הפרטים השונים של העסקה. הגינותו של המחיר נקבעת לא על-פי עלותו של המוצר, וחשוב מכך לא על-פי המחיר ששילמו בעבורו צרכנים אחרים, אלא אך ורק על-ידי גורם אחד – התהליך שבו נקבע המחיר. כל עוד היה זה תהליך תקין, המחיר שנקבע הוא מחיר הוגן, תהא עלות המוצר אשר תהא, ויהא המחיר ששילמו צרכנים אחרים בעבור אותו מוצר אשר יהא.⁵⁷ על-פי

54 אוימן, שיטה זו אינה מבטיחה כי הפירמה תמכור לכל אחד מהצרכנים במחיר המרבי שהוא היה נכון לשלם. עם זאת, נראה כי שיטת המחירה זו קרובה עד-מאוד במאפייניה להפליית מחירים מדרגה ראשונה, מאחר שבסופו של דבר כל אחד מהצרכנים משלם את המחיר שהוא נכון לשלם.

55 שיטת המחירה המבוססת על משא-ומתן הינה קשה להפעלה בשווקים הצרכניים הקלסיים הפועלים מחוץ לרשת האינטרנט, למעט מספר מצומצם של שווקים, וזאת בשל אי-היכולת לנהל משא-ומתן עם כל אחד מהצרכנים. בין השווקים שבהם היה אפשר בכל-זאת להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה על-סמך הליך של משא-ומתן ניתן למנות את שוק הרכבים המשומשים, שווקים של מוצרי יוקרה וכן שווקים של שירותים אישיים ומקצועיים. בהקשר זה יש לציין כי בשווקים הצרכניים הפרימיטיביים של ימי-הביניים, לנוכח מספרם הקטן של המוכרים והקונים והמגוון המצומצם של המוצרים, היה הליך ההתמקחות ההליך המקובל, ועל-כן הפליית מחירים מדרגה ראשונה הייתה שיטת ההמחירה המקובלת בשווקים אלה. מעניין שגם אז היו קריאות להנהיג שיטה של מחיר אחיד.

56 ראו: Christian Terwiesch, Sergei Savin & Il-Horn Hann, *Online Haggling at a Name-Your-Own-Price Retailer: Theory and Application*, 51 MGMT. SCI. 339 (2005).

57 יטען הטוען כי עצם העובדה שהמחיר נתפס כמחיר הוגן אין בה כדי להבטיח שהצרכן אכן ירכוש את המוצר, ולא יעבור לפירמה אחרת שמוכרת אותו מוצר במחיר נמוך יותר. בהמשך, בחלק ב(ב), אתמודד בהרחבה עם טיעון זה. אנסה להראות שם כי בשל גורמים אחדים – העדר מידע רלוונטי בדבר כל החלופות האפשרויות, עודף מידע שבחלקו הגדול אינו רלוונטי, רציונליות מוגבלת והטיות קוגניטיביות – יש לצפות שחלק מהצרכנים יעדיפו לרכוש את המוצר במחיר הרזרבי שהם היו מוכנים לשלם בעבור המוצר, במקום להמשיך לחפש אחר מחיר נמוך יותר. על טיעונים אלה אבקש

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

תפיסה זו, שוויוניות במחיר לעומת צרכנים אחרים אינה מהווה רכיב כלשהו בבחינת הגינותו של המחיר. אם כן, מחקר כמותי הבוחן את עמדתם של הצרכנים כלפי הפליית מחירים אינו יכול להתעלם מסוג זה של הפליה.

סוג שני של הסברים ענייני בהתייחסות להפליית מחירים כאל חלק מהאסטרטגיה השיווקית הכוללת של הפירמות. אסטרטגיית ההמחרה של הפירמה הינה חלק מאסטרטגיית השיווק הכוללת שלה.⁵⁸ מכאן שאי-אפשר להתייחס להעדפותיהם של הצרכנים ביחס לשיטת ההמחרה של פירמה במנותק מהעדפותיהם ביחס לאסטרטגיית השיווק הכוללת שלה. ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים גרמו לשינוי לא רק בשיטות ההמחרה שהפירמות נוקטות, אלא גם באסטרטגיית השיווק הכוללת שלהן. פירמות רבות עברו מאסטרטגיה של שיווק המוני, שבה הפירמה עוסקת בייצור, בהפצה ובמכירה של מוצר אחד וזה לכלל הצרכנים, לאסטרטגיה של שיווק יחידני (שיווק 1:1), שבה הפירמה מספקת לכל צרכן את המוצר שמתאים לו באופן יחידני.⁵⁹ ניתן לייחס את הגידול בשימוש בשיטת שיווק זו ליכולתן של הפירמות להשיג כמות גדולה יותר של מידע אישי על-אודות הצרכנים.⁶⁰ קיומו של מידע אישי בדבר העדפותיהם וטעמם של הלקוחות מאפשר לפירמות להתייחס לכל אחד מהם באופן אישי (personalization) ולהתאים את המוצרים באופן יחידני (customization). התייחסות אישית והתאמה יחידנית הן המרכיב העיקרי באסטרטגיית השיווק היחידני.⁶¹ מכאן,

להוסיף טיעון שרלוונטי דווקא לשיטת המכירה המתוארת בטקסט – NYOP. על-פי שיטה זו, כאמור, הצרכן נדרש לנקוב את המחיר שהוא מוכן לשלם בעבור המוצר, ואם מחיר זה עולה על מחיר-סף שהפירמה קבעה מראש (ואשר אינו ידוע לצרכנים), מתבצעת עסקה. הספרות הפסיכולוגית החוקרת את התנהגותם של הצרכנים מצביעה על כך שלצרכנים יש נטייה להתקבע על ממצא ראשוני (עוגן) ולא לסטות ממנו (גם אם ההחלטה לסטות היא ההחלטה היעילה). הטיה זו מכונה "הטיית העיגון" (anchoring), ויישומה לענייננו מוביל למסקנה שחלק מהצרכנים יתקבעו על ההערכה שהם נתנו, גם אם ייאמר להם (או אם הם יסברו) שקיימת אפשרות זולה יותר. להטיה זו ראו: Jon D. Hanson & Douglas A. Kysar, *Taking Behavioralism Seriously: The Problem of Market Manipulation*, 74 N.Y.U. L. REV. 630, 668–669 (1999).

58 על תפקידה של אסטרטגיית ההמחרה כחלק מאסטרטגיית השיווק הכוללת ראו שם, בעמ' 667.
59 לאסטרטגיית שיווק זו ראו פיליפ קוטלר, קווין הלר ויעקב הורניק **ניהול השיווק: המהדורה הישראלית** כרך 9 א' (2012).

60 השינוי באסטרטגיית השיווק משיווק המוני לשיווק יחידני מקורו בכך שאסטרטגיה זו נהפכה לרווחית יותר, בין היתר משום שבאסטרטגיה של שיווק המוני הפירמה נדרשת כל הזמן למשוך לקוחות חדשים. ראו: Pei-Yu (Sharon) Chen & Lorin M. Hitt, *Measuring Switching Costs and the Determinants of Customer in Internet-Enabled Businesses: A Study of the Online Brokerage Industry*, 13 INFO. SYS. RES. 255 (2002).

61 עמד על כך רפי אלבו, המנכ"ל והמייסד של חברת סגמרקטינג: "חלק מהקונים התחילו לקנות ברשת מסוימת רק בזמן האחרון, בעוד אחרים קונים בה כבר שנים רבות. חלקם קונים ברשת לפחות פעם בחודש, וחלקם פעם בשנה. הגילאים שלהם שונים, והעדפות שלהם שונות... חלקם צורכים את מוצרי הרשת באדיקות, חלקם מונעי מבצעים ומחיר וחלקם הרבה פחות. הרווח הגולמי מהם שונה,

בחינת עמדתם של הצרכנים כלפי הפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה יכולה להיבחן במנותק מעמדתם ביחס לאסטרטגיית השיווק הכוללת.

אכן, במחקר של מכוון אנברג נבחנה גם עמדתם של הצרכנים כלפי מגמות של התאמה יחידנית, והתקבלו התוצאות הבאות: לגבי התאמת פרסומת יחידנית – קרי, הצגת פרסומת על-סמך התנהגות הקנייה של הצרכן – נמצא כי 45% סבורים שזו פרקטיקה טובה, 22% חושבים שזו פרקטיקה רעה, ו-33% מעריכים אותה כפרקטיקה לא טובה ולא רעה; ובאשר להתאמה יחידנית של המוצרים המוצגים לצרכנים נמצא כי 23% סבורים שזו פרקטיקה טובה, 46% סבורים שזו פרקטיקה רעה, ואילו 29% ניטרליים לגבי פרקטיקה זו. למעשה, התנגדותם של הצרכנים להפליית מחירים הינה עזה יותר מהתנגדותם למגמת ההתאמה היחידנית של המוצרים או הפרסומות.

תוצאות אלה יכולות להסביר את הצפי שהפליית מחירים מדרגה ראשונה תהפך לאחת משיטות ההמחרה המרכזיות בשווקים המודרניים. ראשית, חלק מהצרכנים אינם מתייחסים להפליית מחירים במנותק מאסטרטגיית השיווק הכוללת של הפירמות, אלא רואים בה חלק מאסטרטגיית ההתאמה היחידנית של המוצר, בתופסם את המחיר כחלק מהמוצר עצמו. מכאן שעמדתו של הצרכן כלפי שיטת ההמחרה נגזרת מיחסו אל שיטת השיווק הכוללת. שנית, גם הפירמות עצמן, בהיותן מודעות לממצאים לעיל, יכולות לנצל את אפקט המסגור ולתאר את שיטת ההמחרה המפלה שלהם (מדרגה ראשונה) בשמות שונים, כגון "מחירים מותאמים אישית" או "מחירים אישיים" (personal pricing), ובכך לרכך את התנגדותם של הצרכנים אליה.⁶² הניסיון המעשי מאשש ניתוח עיוני זה. חלק גדול מאתרי המסחר באינטרנט המבקשים להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה בוחרים – בחוכמה רבה, יש לומר – לכנות את שיטת ההמחרה שלהם "המחרה אישית", כדי להעניק לה נופך של טיפול אישי בלקוח.⁶³ שלישיית, גם אצל אותם צרכנים אשר מתייחסים להפליית המחירים מדרגה ראשונה במנותק מאסטרטגיית השיווק הכוללת ייתכן שהאופן שבו הם מתייחסים לשיווק היחידני ישפיע על התייחסותם לסוגיית ההפליה מדרגה ראשונה. ברמה העיונית טענה זו בדבר שינוי התייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה מהתייחסות שלילית להתייחסות אוהדת יותר נסמכת על תיאוריית הדטרמיניזם הטכנולוגי, שלפיה השינוי הטכנולוגי – במיוחד בתחום אמצעי התקשורת, דוגמת רשת האינטרנט – גורם לשינוי בדרכי החשיבה והארגון שלנו, וכתוצאה מכך גם לשינוי במערכת ההעדפות והטעמים שלנו. מכאן

והיקפי הפדיון שונים מאוד גם הם. כל אלו הם פריטי מידע חיוניים להגדלת מכירות... ראו נורית קדוש "האח הגדול קונה הכל" nrg 2.2.2009 www.nrg.co.il/online/16/ART1/848/104.html

62 על-פי אפקט המסגור, לאופן שבו המידע מוצג יש השפעה על החלטה המתקבלת בסופו של דבר. לענייננו, התייחסותם של הצרכנים לשיטת ההמחרה מושפעת מן האופן שבו היא מוצגת – למשל, כ"הפליה" או כ"התאמה אישית" – חרף העובדה שמדובר באותה שיטה. אפקט המסגור מנוגד להנחת הרציונליות, שלפיה התייחסותו של אדם לחלופה מסוימת נקבעת על-פי התועלת שהוא מפיק ממנה, ולא על-פי האופן שבו היא מוצגת. ראו: Amos Tversky & Daniel Kahneman, *The Framing of Decisions and the Psychology of Choice*, 211 SCIENCE 453 (1981).

63 להרחבה על אתרים אלה ראו Brynjolfsson, לעיל ה"ש 29.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

שרשת האינטרנט, בכך שתרמה לשינוי בשיטות השיווק משיווק המוני לשיווק הכולל גם שיווק יחידני, יכולה לגרום גם לשינוי שיטת ההמחרה משיטת המחיר האחיד לשיטת המחרה המתייחסת לכל צרכן באופן שונה (הפליה מדרגה ראשונה).⁶⁴

3. רמת התחרות בשווקים

קודם לכן הצבעתי על כך שככל שהפליית מחירים מדרגה ראשונה תיתפס בעיני הצרכנים כשיטה הגונה כן יגדלו יכולתה ונכונותה של הפירמה להשתמש בה. דא עקא, תפיסת ההגינות הינה אומנם תנאי הכרחי ליכולתה של הפירמה להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, אך אין היא תנאי מספיק. יכולתה של הפירמה לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה תלויה, במידה רבה, ברמת התחרות בין הפירמות בשוק. כאשר מדובר בשוק משוכלל שמתקיימים בו המאפיינים הבסיסיים של תחרות משוכללת – ריבוי מוכרים וקונים, מידע מלא בידי הצרכנים, העדר מונופולים, העדר קרטלים, רצינותיות מלאה של הצרכנים ועוד – תביא התחרות בין הפירמות לידי כך שהמוצר יימכר בסופו של דבר במחיר אחיד השווה לעלות הכרוכה בייצורו. בשוק זה הכוח מצוי בידי הצרכן, והוא הריבון שקובע את התנאים שבהם יימכר המוצר. צרכן רצינותי אינו מחפש מחיר "הוגן", אלא מחיר "המשיא את תועלתו האישית", ודבר זה גורם לכך שהפירמות מתיישרות ומורידות את המחיר עד לעלות השולית הכרוכה בייצורו של המוצר. במצב זה אין לפירמה היכולת (הכוח) לקבוע את שיטת ההמחרה, ולענייננו, אין לה היכולת להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה.⁶⁵ מאליה עולה השאלה אם השווקים הצרכניים המודרניים הם אכן שווקים יעילים עם תחרות משוכללת או שמא אין הם כאלה.

64 להרחבה על גישת הדטרמיניזם הטכנולוגי ראו: MARSHALL McLuhan, UNDERSTANDING MEDIA – THE EXTENSIONS OF MAN (1964). בהקשרו, הפליית מחירים מדרגה ראשונה הנעשית על-סמך כריית מידע אישי נחשבת כיום לא-הגונה, אך ייתכן שהיא תיחשב הגונה בעתיד הלא-רחוק. ראו Odlyzko, לעיל ה"ש 25, בעמ' 53. ניתן להסביר את השינוי האפשרי בהתייחסותם של הצרכנים להפליית מחירים מדרגה ראשונה גם באמצעות גישה תיאורטית אחרת שהתפתחה במסגרת הגישה הכלכלית למשפט – Expressive Law and Economics. ראו, למשל: ROBIN PAUL MALLOY, LAW AND ECONOMICS – A COMPARATIVE APPROACH TO THEORY AND PRACTICE (1990); Robert Cooter, *Expressive Law and Economics*, 27 J. LEGAL STUD. 585 (1998); Lewis A. Kornhauser, *The Normativity of Law*, 1 AM. L. & ECON. REV. 3 (1999). על-פי גישה זו, לדין יש השפעה על מערכת ההעדפות והטעמים של הפרטים. ברם, המשפט הוא רק אחד מבין כמה מוסדות חברתיים שיכולים להשפיע על מערכת ההעדפות של הפרטים. מבין המוסדות הללו, החשוב לענייננו הוא השוק. באמצעות שינוי כללי המשחק בשוק ניתן לשנות גם את מערכת ההעדפות והטעמים של שחקני השוק. על-כן ייתכן שהכלכלה המודרנית תפתח באופן שיהפוך את הפליית המחירים מדרגה ראשונה לפרקטיקה מקובלת שתוכל לשרוד בשווקים.

65 יסודותיה של תורת השוק המשוכלל עוצבו עוד בימיו של אדם סמית, שהתווה את תיאוריית "היד הנעלמה". עקרונות אלה מצאו את ביטויים בספרו הידוע של סמית: ADAM SMITH, THE WEALTH OF NATIONS (1998). על אי-יכולתן של פירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה בשוק משוכלל ראו ברק מדינה "איסור הפליה במגזר הפרטי מנקודת מבט של תאוריה כלכלית" **עלי משפט**

בשנים הראשונות לכניסת רשת האינטרנט לזירת המסחר, ובמיוחד בשנים 1995–1998, הלכה והתפתחה גישה תיאורטית בעיקרה, שנכנה אותה "הגישה האופטימית", המשקפת ציפייה נרחבת למדי ששררה באותה תקופה, ולפיה השווקים הצרכניים, ובפרט השווקים הדיגיטליים המבוססים על רשת האינטרנט, הם השווקים המושלמים, היעילים, שמתקיימת בהם תחרות משוכללת בין הפירמות השונות. לפי תפיסה זו, הנחות היסוד של המודל המיקרו-כלכלי הניאו-קלאסי – שהן למעשה התנאים לקיומו של שוק משוכלל, דהיינו, ריבוי מוכרים, מידע מושלם, העדר מונופולים, העדר קרטלים, העדר החצנה ועוד – נהפכות למציאות ברשת האינטרנט.⁶⁶ גישה זו מצאה לה ביטוי בעיקר מחוץ לכותלי האקדמיה. כך באו הדברים לידי ביטוי באחד העיתונים הכלכליים החשובים בעולם – BUSINESS WEEK :

"The Internet is a nearly perfect market because information is instantaneous and buyers can compare the offerings of sellers worldwide. The result is fierce price competition, dwindling product differentiation, and vanishing brand loyalty."⁶⁷

משמעותה של גישה זו לענייננו היא שלפירמות לא תהיה נכונות או יכולת לנקוט הפליית מחירים, ויש לצפות להאחדת מחירים בשווקים הצרכניים. אולם מחקרים עיוניים ואמפיריים מראים כי השווקים הצרכניים המודרניים, ובכלל זה השווקים הדיגיטליים המבוססים על רשת האינטרנט, רחוקים מלהיות שווקים משוכללים. מחקרים אמפיריים אחדים ניסו לבחון את רמת היעילות של השווקים הדיגיטליים לפי כמה מדדים כלכליים. הדיון במחקרים אלה חורג ממסגרת המאמר הנוכחי. לענייננו די להצביע על ממצא חשוב מאוד של מחקרים אלה שלפיו בשווקים הצרכניים מתקיימת תופעה נרחבת של פיזור מחירים, דהיינו, מצב שבו שתי פירמות מוכרות אותו מוצר

ג 37, ה"ש 33 (2003); Bailey, לעיל ה"ש 47, בעמ' 18; Meghan Busse & Marc Rysman, *Competition and Price Discrimination in Yellow Pages Advertising*, 36 RAND J. ECON. (2005) 378. על החוק של המחיר האחד בשווקים משוכללים ראו: Jonathan Haskel & Holger Wolf, *The Law of One Price – A Case Study*, 103 SCANDINAVIAN J. ECON. 545 (2001); Peter Isard, *How Far Can We Push the "Law of One Price"?*, 67 AM. ECON. REV. 942 (1977).

66 Michael D. Smith, Joseph Bailey & Eric Brynjolfsson, *Understanding Digital Markets: Review and Assessment*, in UNDERSTANDING THE DIGITAL ECONOMY: DATA, TOOLS, AND RESEARCH 99 (Eric Brynjolfsson & Brian Kahin eds., 2000).

67 ראו: Robert Kuttner, *The Net: A Market Too Perfect for Profits*, BUSINESS WEEK (May 10, 1998), www.businessweek.com/stories/1998-05-10/the-net-a-market-too-perfect-for-profits.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

במחירים (או בתנאים) שונים.⁶⁸ תופעה זו של פיזור מחירים נצפתה גם בשווקים הצרכניים בישראל.⁶⁹ תופעת פיזור המחירים היא האנטיזה של התחרות המשוכללת, והיא מלמדת על קיומם של כשלי שוק.⁷⁰ ובחזרה לענייננו, קיומם של כשלי שוק מעלה את השאלה בדבר השפעתם על יכולתן של הפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה. הדיון בתת-פרק זה מוקדש לשאלה זו. אקדים מסקנה לניתוח ואומר כי קיומם של הכשלים העיקריים מקנה לפירמות את היכולת ואת הנכונות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה.

(א) כשל מידע

לכמותו ולאיכותו של המידע העסקתי הנמצא בידי הצרכנים – קרי, מידע על המוצרים ועל החלופות המוצעות – יש השפעה על אופן התנהלותם של השווקים בכמה מישורים. קו הטיעון הכללי הוא שהגדלת כמות המידע העסקתי האיכותי המצוי בידי הצרכנים מאפשרת לצרכנים לקבל החלטה רציונלית המשיאה את תועלתם האישית, גורמת להגברת התחרות בין הפירמות, ולענייננו – שוללת מהפירמות את היכולת להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה. דא עקא, ברוב השווקים הצרכניים מתקיים "כשל

68 בהקשר זה יש להבחין בין פיזור מחירים לבין הפליית מחירים. הפליית מחירים מתייחסת למצב שבו אותה פירמה משווקת אותו מוצר לצרכנים שונים במחירים שונים, ואילו פיזור מחירים מתייחס למצב שבו פירמות שונות מוכרות מוצר זהה במחירים שונים. ראו: Ramnath K. Chellappa, Raymond G. Sin & S. Siddarth, *Price Formats as a Source of Price Dispersion: A Study of Online and Offline Prices in the Domestic U. S. Airline Markets*, 22(1) INFO. SYS. RES. 83 (2011).

69 בעקבות גל המחאה של קיץ 2011 הלכה וגברה ההתעניינות במחיריהם של המוצרים. גורמי תקשורת שונים החלו לערוך תחקירים על ההיבטים השונים הנוגעים בהמחרת המוצרים. לדוגמה, המוסף הכלכלי "ממון" של עיתון ידיעות אחרונות ערך השוואת מחירים בין האתרים השונים של רשתות השיווק המובילות המחזיקות אתרי אינטרנט – "שופרסל ישיר", "מגה באינטרנט", "רמי לוי באינטרנט" ו"מיסטר זול בקליק". את הבדיקה ערך אתר השוואת המחירים "זאפ" (www.zap.co.il), אשר השווה את מחיריהם של חמישה "סלי קניות" שונים: מוצרי תינוקות, פירות וירקות, מוצרי בשר ותחליפיו, מוצרי חלב וסלטים מוכנים. הבדיקה העלתה פערי מחירים משמעותיים בין ארבע רשתות השיווק. הפערים הדרמטיים ביותר נרשמו בתחום הפירות והירקות – 34% בין הזול ליקר; ובתחום מוצרי הבשר ותחליפיו – 32%. גם במוצרי התינוקות ובסלטים המוכנים נרשמו פערי מחירים משמעותיים: 26% במוצרי תינוקות ו-25% בסלטים מוכנים. הפערים הצנועים ביותר נרשמו דווקא בסל החלב – 6% בלבד. ראו שושנה חן "איזו רשת שיווק הכי זולה באינטרנט?" *ynet* 20.7.2011. article.yedioth.co.il/default.aspx?articleid=5141. לבדיקות נוספות, שהעלו ממצאים דומים בשווקים צרכניים אחרים, ראו מירב קריסטל "פערים אדירים בסופר: אותו מוצר יקר בעשרות ספרים באינטרנט: היתרונות והחסרונות" *ynet* 5.12.2002. www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2293573,00.html.

70 ראו: Kenneth Burdett & Kenneth L. Judd, *Equilibrium Price Dispersion*, 51 *ECONOMETRICA* 955 (1983).

מידע", המתבטא בשתי תופעות – חוסר מידע ועודף מידע. חוסר מידע מתרחש כאשר אין בידי הצרכנים מידע מלא על־אודות כלל החלופות הרלוונטיות המוצעות בשוק, דבר היוצר אצלם חשש מפני קבלת החלטה שגויה. עודף מידע מתרחש כאשר בידי הצרכנים יש מידע עסקתי מעבר לכמות המיטבית שאיתה הם יכולים להתמודד, בגלל הכישורים הקוגניטיביים המוגבלים שלהם כבני־אדם, דבר הגורם להם עומס תודעתי, לחץ, חרדה ובלבול. כל אחת משתי התופעות – חוסר מידע ועודף מידע – יוצרת אצל הצרכנים חשש מפני קבלת החלטה קנייה שגויה שאינה משיאה את תועלתם האישית.⁷¹ תגובתם של הצרכנים על חשש זה משתנה מצרכן לצרכן לפי העדפת הסיכון שלו. מה שחשוב לענייננו הוא שחלק מהצרכנים מסתפקים בקבלת החלטה המניחה את הדעת (satisfying) או החלטה טובה דייה (good enough).⁷² במצב זה יש לצפות שרוב הפירמות יעדיפו להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, קרי, למכור לכל אחד מהצרכנים לפי המחיר הרזרבי שהוא מוכן לשלם. הסיבה העיקרית לכך היא שלגבי חלק מהצרכנים רכישת המוצר במחיר הרזרבי (שהם ממילא היו נכונים לשלם) נחשבת פתרון טוב דיו או מניח את הדעת, ועל־כן הם יחליטו לרכוש אותו מהפירמה ולהימנע מלחפש חלופות אחרות. תיאור זה אינו משתנה כמעט בין שהצרכנים תופסים שיטת המחירה זו כהגונה ובין שהם תופסים אותה כלא־הגונה. מנקודת־מבטם של הצרכנים, מה שיכריע אם הם ירכשו את המוצר אם לאו הוא אם המחיר "טוב דיו" או לא, ולא אם המחיר "הוגן" או לא. לכן יש להניח שהם יחליטו לרכוש את המוצר גם אם הם סבורים שמדובר בשיטת המחירה לא־הגונה.⁷³ לא זו אף זו, במצב של כשל מידע יש לצפות שמספר הפירמות שינהיגו הפליית מחירים מדרגה ראשונה יהיה גדול מאוד: מחד גיסא, שיטת המחירה זו משיאה את רווחיהן, ומאידך גיסא – מכיוון שהצרכנים אינם נכונים ואינם יכולים לחפש חלופות

71 על חוסר מידע והשפעתו על התנהלותם של הצרכנים ראו: Alan Schwartz & Louis L. Wilde, *Intervening in Markets on the Basis of Imperfect Information: A Legal and Economic Analysis*, 127 U. PA. L. REV. 630 (1979). על עודף מידע והשפעתו על התנהלותם של הצרכנים ראו: Jacob Jacoby, Donald E. Speller & Carol A. Kohn, *Brand Choice Behavior as a Function of Information Load*, 11 J. MARK. RES. 63 (1974).

72 ראו: Herbert A. Simon, *Rational Decision Making in Business Organizations*, 69 AM. ECON. REV. 493, 502–503 (1979); Herbert A. Simon, *Rationality as Process and as Product of Thought*, 69(2) AM. ECON. REV. 1, 10 (1978); HERBERT A. SIMON, *ADMINISTRATIVE BEHAVIOR* 79–109 (1976).

73 מחקרים שבחנו התנהגות של צרכנים הראו כי חלק מהם, המכונים "צרכנים קצרי־ראי" (myopic customers), יהיו נכונים לרכוש את המוצר כאשר הם נוכחים כי המחיר המוצע נמוך מהמחיר שהם היו מוכנים לשלם. הפירמה יכולה לנצל עובדה זו ולהציע את המוצר במחיר נמוך במקצת מהמחיר הרזרבי, דבר שיגדיל את נכונותם של הצרכנים לרכוש את המוצר, בהניחם שזה הפתרון הנכון או המניח את הדעת. ראו: Kalyan Talluri & Garrett Van Ryzin, *Revenue Management Under a General Discrete Choice Model of Consumer Behavior*, 50 MGMT. SCI. 15 (2004).

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

אחרות, אלא מסתפקים בפתרון שמניח את הדעת – הן אינן "נענשות" על-ידי הלקוחות בשל הנהגת שיטה זו.⁷⁴

(ב) כשל הנחת הרציונליות

הטיעון הגורס כי הצרכנים יעדיפו לרכוש מהפירמה המציעה את המוצר במחיר הנמוך ביותר מבוסס על ההנחה שהליך קבלת ההחלטות של הצרכנים הינו רציונלי, ומתאפיין בשימוש בחלק המודע של המוח, בחיפוש אינטנסיבי אחר מידע ובעיבודו. דא עקא, מחקרים אמפיריים מתחום הפסיכולוגיה מראים כי תהליך קבלת ההחלטות של הצרכנים אינו רציונלי תמיד, אלא נע על ציר שבין קבלת החלטות רציונלית לבין קבלת החלטות המושגת על תהליך אינטואיטיבי, המתאפיין בשימוש בתת-מודע, בעירוב רגש ובשימוש בהיריסטיקות (heuristics), המהוות מבחינתם תחליף לאיסוף מידע ולעיבודו.⁷⁵ הדיון בכל אותן הטיות חורג ממסגרת המאמר. לענייננו די לציין הטיה אחת שרלוונטית לסוגיה של הפליית מחירים – הטיית הסטטוס-קוו (status quo bias).⁷⁶ הטיה זו מתבטאת בהעדפת המצב הקיים על בחירת חלופה אחרת. יש הסבורים כי מקורה הפסיכולוגי של הטיית הסטטוס-קוו הוא החשש מפני חרטה עתידית. קו הטיעון הוא שהחלטה לסטות ממצב הדברים הקיים שתתברר בעתיד כמוטעית תעורר אצל הצרכנים חרטה רבה יותר מאשר החלטה מוטעית לשמר את מצב הדברים הקיים. ככל שאי-הוודאות גדולה יותר, הסיכון לחרטה עתידית גדל, ועל-כן מתחזקת הנטייה להימנע מפעולה ולהשאיר את הדברים כמות שהם. הטיה זו מאפשרת לפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה ללא כל חשש מפני נטישת הלקוחות אל הפירמות המתחרות. הסיבה לכך היא שבגלל הטיה זו יעדיפו צרכנים רבים לשלם בעבור המוצר את המחיר המרבי שהם היו נכונים לשלם, במקום לחפש חלופות אחרות. מנקודת-מבטו של הצרכן, החרטה שתנבע מהחלטה להמשיך לחפש חלופות אחרות אשר תתברר בעתיד כמוטעית (אם אין מחיר נמוך יותר) גדולה מהחרטה הנובעת מקניית המוצר במחיר הרזרבי שהוא מוכן לשלם, אף אם יתברר כי היו חלופות זולות יותר.

74 תופעה זו מכונה "שוק הלימונים", ולפיה במצב של פערי מידע בין המוכרים לבין הקונים בשוק המכוניות המשומשות, למשל, יימכרו בסופו של דבר מכוניות באיכות גרועה – "market for lemons". לענייננו, במצב של פערי מידע בין הצרכנים לבין הפירמות, יבחרו הפירמות בשיטת ההמחרה המשיאה את רווחיהן, גם אם היא השיטה הגרועה מבחינתם של הצרכנים. ראו: George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970).

75 "היריסטיקה" היא מונח מקובל בתורת קבלת ההחלטות, שפירושו כלל-עזר אינטואיטיבי ("כלל אצבע") המשמש להסקת מסקנות בתנאים של חוסר מידע. ראו: THE LAW AND ECONOMICS OF IRRATIONAL BEHAVIOR (Francesco Parisi & Vernon Smith eds., 2004).

76 ראו Hanson & Kysar, לעיל ה"ש 57, בעמ' 673.

(ג) קרטליזציה

מחקרים שבחנו את אופי התחרות בשווקים הצרכניים המודרניים, ובפרט בשווקים הדיגיטליים המתפתחים ברשת האינטרנט, מצביעים על מגמה הולכת ומתחזקת של קרטליזציה, המתבטאת בכך שהפירמות מתאמות ביניהן את שיטות ההמחרה.⁷⁷ עמדו על כך רוברט קאופמן וצ'רלס ווד: "Internet sellers are often more interested in *matching* rather than *beating* their competitors' prices" ⁷⁸ הדיון בדינמיקה זו ובסיבותיה חורג ממסגרת המאמר.⁷⁹ די לציין כי הסיבה העיקרית נעוצה בכך שבעידן האינטרנט כל אחת מהפירמות יכולה לדעת בזמן-אמת על-אודות שיטת ההמחרה של הפירמות המתחרות. במצב זה, אם פירמה תנסה לשפר את מחירה או את שיטות ההמחרה שלה, ובכך להקנות לעצמה יתרון תחרותי, יודרו הפירמות האחרות לנטרל יתרון תחרותי זה על-ידי ביצוע שינוי דומה. תגובתן המהירה של הפירמות על כל שינוי בשיטות ההמחרה שיעשה על-ידי אחת מהן תשלול מאותה פירמה את היכולת להגדיל את הביקוש ולפצות את עצמה על ההפסדים שהיא עתידה לנחול מרצון כתוצאה משינוי זה. במצב זה, לא רק שלפירמות בשווקים הצרכניים אין תמריץ כלכלי לשפר את תנאי המכירה בשל ההפסדים שייגרמו להן כתוצאה משינוי זה, אלא יש תמריץ לפירמות "לתאם" ביניהן את תנאי המכירה.⁸⁰ מבין שיטות ההמחרה השונות יש להניח כי הן יעדיפו להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, וזאת במטרה להשיא את רווחיהן.⁸¹

77 לרשימה חלקית של מחקרים שמדגישה את אופייה הקרטליסטי של התחרות בשווקים הצרכניים הנוצרים ברשת האינטרנט ראו Bailey, לעיל ה"ש 47, בעמ' 15; Hal R. Varian, *Market Structure in the Network Age*, in UNDERSTANDING THE DIGITAL ECONOMY 137 (1999), available at people.ischool.berkeley.edu/~hal/Papers/doc/doc.html; Michael D. Smith, *The Law of One Price? Price Dispersion and Parallel Pricing in Internet Markets* (Carnegie Mellon Univ. Working Paper 2001); Kate Scribbins, *Should I Buy? Shopping Online 2001: An International Comparative Study of Electronic Commerce* (ODTE, 2001), available at ebookbrowse.com/should-i-buy-shopping-on-line-2001-an-international-comparative-study-of-electronic-commerce-pdf-d102880471.

78 ראו: Robert J. Kauffman & Charles A. Wood, *Analyzing Competition and Collusion Strategies in Electronic Marketplaces with Information Asymmetry* (2000), available at www.misrc.umn.edu/workingpapers/fullpapers/2000/0021_112600.pdf (ההדגשות במקור).

79 להרחבה ראו אמל ג'בארין "הקניונים הווירטואליים כשומרי הסף במסחר האלקטרוני בראי הניתוח הכלכלי למשפט" **מחקרי משפט** כה 735 (2009).

80 תיאום מחירים סמוי (tacit collusion) הוצג לראשונה על-ידי הכלכלן אדוארד צ'מברליין, שטען כי בנסיבות מסוימות המתחרים בשוק מנסים להימנע מתחרות ומנסים לשתף פעולה זה עם זה באופן סמוי. ראו: Edward H. Chamberlain, *Duopoly: Value Where Sellers are Few*, 44 Q. J. ECON. 63 (1929).

81 על כך יש להוסיף כי לפירמות יש תמריץ לנקוט שיטת המחרה זו גם כדי להקשות על הצרכנים לערוך השוואת המחירים (שהרי בהעדר מחיר אחיד קשה להשוות בין המחירים), דבר שמגביל את התחרות בשווקים. ראו, למשל: 'Personal Pricing' Adds to Confusion over Rates for 'Offline' Borrowers, THE INDEPENDENT (Oct. 21, 2007), www.independent.co.uk/money/loans-

(ד) תחרות מונופוליסטית

מחקרים מצביעים על כך שברוב השווקים הצרכניים שאנו מכירים כיום מתקיימת תחרות מונופוליסטית.⁸² שוק של תחרות מונופוליסטית הוא שוק שבו יש מספר רב של מוכרים וקונים, אך המוצר שנמכר על-ידי כל אחת מהפירמות (המוכרות) שונה במקצת מזה הנמכר על-ידי הפירמות האחרות. בשוק כזה לא מתקיים אחד התנאים לקיומו של שוק משוכלל – תנאי ההומוגניות.⁸³ אומנם, מוצר שנמכר על-ידי פירמה אחת דומה למוצר שנמכר על-ידי פירמות אחרות, אך אינו זהה לו לחלוטין.⁸⁴ כך, אין לומר שחברות הסולר מוכרות מוצר זהה, אלא מוצר דומה, שכן בין החברות קיים שוני בטיב השירות שהן מספקות. גם בין מרכולי המזון, אשר מוכרים לכאורה מוצרים זהים, קיים שוני בטיב השירות שהם מספקים, המתבטא ברמת הנוחיות שכל אחד מהם מספק, בטיב השירות הניתן על-ידי אנשי המכירות, במבצעים השונים ועוד.

ההטרוגניות במוצרים הולכת וגדלה בעשורים האחרונים. ניתן לייחס זאת להתפתחויות הטכנולוגיות שהתרחשו בתקופה זו, אשר אפשרו לפירמות לשנות את אסטרטגיית השיווק שלהן משיווק המוני לשיווק יחידני (שיווק 1:1), שבו הפירמות מתאימות לצרכנים את המוצרים באופן יחידני.⁸⁵ התאמה יחידנית של המוצרים היא צורה קיצונית של הטרוגניות במוצרים, שיוצרת תחרות מונופוליסטית בין הפירמות. לא רק שהפירמה מוכרת מוצר שונה מזה שיתר הפירמות מוכרות, היא אף מוכרת לכל צרכן מוצר שונה מזה שהיא מוכרת לצרכנים האחרים. בתחרות מונופוליסטית, בשל ההטרוגניות בין המוצרים שנמכרים על-ידי הפירמות השונות, אין לצפות שהפירמות

credit/personal-pricing-adds-to-confusion-over-rates-for-offline-borrowers-397423.html
סיבה נוספת המגבירה את נכונותן של הפירמות לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה קשורה לאופיים של המוצרים הנסחרים בשווקים המודרניים. חלק גדול מהמוצרים הנסחרים בעידן המידע הם מוצרי מידע. ייצורם של מוצרי המידע מתאפיין ב"יתרונות לגודל": עלויות הייצור הכרוכות בייצור יחידת המידע הראשונה הינן גבוהות, ואילו העלות השולית הכרוכה בייצורה של כל יחידה נוספת היא אפסית. למעשה, עלויות הייצור של מוצר המידע הן קבועות, ואינן תלויות במספר הצרכנים שצורכים אותו. על-פי מודל ההיצע והביקוש, מוצרים אלה נמכרים במחירי שוק השווים לעלות השולית, קרי, במחיר השואף לאפס. במצב זה עודף הפירמות אפסי כמעט, ואילו עודף הצרכנים גדול מאוד, דבר המגדיל את התמריצים של הפירמות לנטוש את מודל ההמחרה האחידה לטובת מודל של המחרה מפלה. ראו Odlyzko, לעיל ה"ש 25, בעמ' 44.

82 Savvas C. Savvides, *The E-Economics of E-Information: Is the Internet the Great Information Equalizer?*, 4 INT'L J. COMP. & INFO. SCI. 9 (2006); James E. Prieger & Daniel Heil, *The Microeconomic Impacts of E-Business on the Economy* 18 (May 20, 2009), available at ssrn.com/abstract=1407713

83 EDWARD HASTINGS CHAMBERLIN, *THE THEORY OF MONOPOLISTIC COMPETITION* 81–100 (8th ed. 1969).

84 דעה זו הובעה עוד בשנות השבעים, והיא נכונה כיום פי כמה. ראו: Kelvin Lancaster, *Socially Optimal Product Differentiation*, 65 AM. ECON. REV. 567 (1975).

85 להרחבה על אסטרטגיית שיווק זו ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 59–61.

ימכרו במחיר זהה, ועל-כן אין לדבר על מחיר שוק.⁸⁶ במצב זה תקבע הפירמה את מחיר המוצר כמונופוליסטית לכל דבר. בין היתר היא יכולה להפלות בין לקוחותיה ולגבות מכל אחד מהם לפי מידת נכונותו לשלם.⁸⁷

4. היכולת להנהיג הפליה סמויה

מן הדיון הקודם עולה כי ככל שהפליית מחירים נתפסת בעיני הצרכנים כהגונה פחות, וככל שהתחרות בין הפירמות בשווקים גדולה יותר, כן חששה של הפירמה שמא הנהגת שיטה זו תגרור נטישת לקוחותיה לטובת פירמות אחרות הולך וגדל. פירמות שונות מגיבות בצורה שונה על חשש זה. חלקן יעדיפו לזנוח כליל את הכוונה לנקוט את שיטת ההמחרה הזו, אולם פירמות אחרות יעדיפו לנקוט הפליית מחירים סמויה, קרי, הפליה ללא ידיעת הצרכנים. המקרה של אמזון, שבו הנהיג האתר הפליה סמויה, מעיד כי הפליה זו נהפכת לאסטרטגיה המועדפת על פירמות רבות.⁸⁸ נכונותן של הפירמות לנקוט הפליה סמויה הולכת וגדלה כתוצאה מההתפתחויות הטכנולוגיות, ובראשן טכנולוגיות מבוססות-אינטרנט, המאפשרות לפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה המבוססת על כריית מידע בצורה סמויה, ללא ידיעתם של הצרכנים.⁸⁹ מחקרים אמפיריים שנעשו על פעילויותיהם של האתרים המסחריים ברשת האינטרנט מראים כי צרכנים רבים אינם מודעים לעצם איסופו ועיבודו של המידע האישי שלהם על-ידי הפירמות השונות, לא

86 גרעון, לעיל ה"ש 20, בעמ' 32.

87 על כך יש להוסיף כי בתחרות מונופוליסטית נוצרת מערכת יחסים נמשכת ולומדת בין הפירמה לבין לקוחותיה, הטומנת בחובה יתרונות רבים גם ללקוחות עצמם. יתרונות אלה יוצרים ערך בעיני הלקוחות, ומקשים עליהם לעבור לפירמה אחרת. מנקודת-מבטם של הלקוחות, עזיבת הפירמה ומעבר לטובת המתחרים כרוכים בעלויות תחלופה (switching cost) שמקורן בויתור על יתרונות אלה. גם הפירמות דואגות ליצור עלויות אלה על-ידי תוכניות שונות שמטרתן לשמר את הלקוחות, כגון מועדון לקוחות, הלקוח המתמיד וכיוצא בהם. עלויות אלה נועלות את הלקוח ומקטינות מאוד את נכונותו לעבור למתחרים, והדבר מגדיל את כוח השוק שיש לפירמה ומאפשר לה להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה. להרחבה על המונח "עלויות תחלופה" ראו: Paul Klempner, *Markets*, with *Consumer Switching Costs*, 102 Q. J. ECON. 375 (1987). לקשר שבין עלויות תחלופה לבין היכולת להפלות במחירים ראו: Erik Brynjolfsson & Michael D. Smith, *Frictionless Commerce? A Comparison of Internet and Conventional Retailers*, 46 MGMT. SCI. 563, 566 (2000).

88 להתרחבות התופעה של הפליית מחירים סמויה ראו Odlyzko, לעיל ה"ש 25, בעמ' 43: "The result is likely to be that price discrimination will grow, but in a concealed form".

89 ברי כי הפליית מחירים המבוססת על הליך משא-ומתן הינה גלויה מעצם טיבה וטבעה, מאחר שהצרכן מודע לכך שהפירמה מנהלת משא-ומתן גם עם צרכנים אחרים, והתוצאה יכולה להיות שהיא תגבה מהם מחירים שונים.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

כל שכן לאופן השימוש שלהן במידע זה.⁹⁰ גם ההפליה עצמה, נוסף על האופן שבו היא מבוצעת, יכולה להיעשות ללא ידיעת הצרכנים.⁹¹ המחקר של מכוון אנברג מאשש מסקנה זו, ומצביע על כך שחלק לא-מבוטל של הצרכנים אינם מודעים כלל לכך שהפירמות מפלות במחירים ביניהם.⁹² ואם לא די בכך, יכולתה של פירמה פלונית להסתיר את עצם קיום ההפליה יוצרת תמריץ אצל יתר הפירמות לנהוג כמוה. הטעם לכך הוא שנקיטת המחרה אחידה אינה מתגמלת את הפירמה, ועל-כן כדאי לה לעבור להמחרה מפלה, אשר הרווח הכולל הצפוי ממנה גדול יותר.⁹³ באופן טבעי, אי-אפשר לעמוד על היקפה של תופעת ההפליה הסמויה בשווקים, באשר הפליה זו עולה לתודעה הציבורית רק כאשר היא נחשפת על-ידי צרכן כלשהו. כל עוד פרקטיקה זו נותרת סמויה, הפירמות יכולות להמשיך להפלות בין הצרכנים ללא חשש מתגובתם הנועמת. בדרך זו הפליית מחירים סמויה יכולה לשרוד בשווקים הצרכניים, וזאת להבדיל מהפליית מחירים גלויה. כך, יש להניח כי אתר אמזון היה ממשיך בפרקטיקה זו אלמלא אותו צרכן שגילה באקראי את דבר ההפליה.

5. סיכום-ביניים

לנוכח התיאור לעיל יש להניח כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה תהפך לאחת משיטות ההמחרה המרכזיות בשווקים הצרכניים. זאת, בשל כמה גורמים, ביניהם היכולת ההולכת וגוברת של הפירמות לדלות מידע אישי על-אודות הצרכנים, המאפשר להם, מבחינה טכנית, להנהיג הפליה זו; העובדה שסוגים מסוימים של שיטה זו נתפסים בעיני חלק מהצרכנים כשיטת המחרה הגונה; והעובדה שחלק גדול מהשווקים הצרכניים נגועים בכשלי שוק שונים – חוסר מידע, עודף מידע, רציונליות מוגבלת, הטיות קוגניטיביות, קרטלים ותחרות מונופוליסטית – דבר המאפשר לפירמות לנקוט שיטה זו ללא חשש. על כל אלה יש להוסיף כי חלק מהפירמות נוקטות הפליית מחירים סמויה.

90 ראו: Neil W. Netanel, *Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Liberal Democratic Theory*, 88 CAL. L. REV. 395, 476 (2000). במחקר שנערך בקרב המשתמשים בארצות-הברית נמצא כי רוב המשתמשים אינם מודעים לאופייה האמיתי של הפעילות הנעשית במידע האישי שלהם. ראו: Joseph Turow, *Americans and Online Privacy: The System is Broken* 4 (Annenberg Public Policy Center of the University of Pennsylvania, June 2003), www.securitymanagement.com/archive/library/Anneberg_privacy1003.pdf; Paul M. Schwartz, *Property, Privacy, and Personal Data*, 117 HARV. L. REV. 2056, 2078 & notes 121, 123 (2004).

91 ראו: Fred M. Feinberg, Aradhna Krishna & Z. John Zhang, *Do We Care What Others Get? A Behaviorist Approach to Targeted Promotions*, 39 J. MARK. RES. 277, 288–289 (2002); Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski, *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U. L. REV. 429, 471 (2002).

92 ראו המחקר של מכוון אנברג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 20.

93 להרחבה על תופעה זו ראו Akerlof, לעיל ה"ש 74, בעמ' 488.

מציאות זו מעלה שאלות משפטיות הן במישור הפוזיטיבי והן במישור הנורמטיבי, ועל כך בפרקים הבאים.

פרק ג: האם הדין הקיים אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה?

האם הדין הישראלי אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה, ואם כן – באילו תנאים? חלק זה של הדיון מוקדש לשאלה זו.⁹⁴ אקדים מסקנה לניתוח ואומר כי התשובה לשאלה זו שלילית, לאמור, הדין הקיים אינו אוסר הפליית מחירים כלכלית מדרגה ראשונה.⁹⁵ תחילה אצביע על המגמה הכללית של דיני הצרכנות לא לאסור על פירמות להפלות בין הצרכנים. לאחר-מכן אתייחס לכמה הסדרים ספציפיים, מעין "בועות", בדיני הצרכנות – חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, חוק ההגבלים העסקיים והוראות העוסקות בסימון מחירים בחוק הגנת הצרכן – שיש להם נגיעה מסוימת בסוגיית ההפליה במחיר, ואנסה להראות כי אין בהם כדי לאסור הפליית מחירים מדרגה ראשונה.

94 מאמר זה הינו נורמטיבי באופיו, ולא פוזיטיבי, ועל-כן ניתוח הוראות הדין הקיים ייעשה ברמה פשטנית בלבד.

95 במאמר זה אני מתמקד בחוקיותה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה על-פי הדין הקיים בהנחה שהיא נעשית בצורה גלויה. איני עוסק בהפליית מחירים סמויה, שלגביה ניתן לטעון כי היא אסורה מכוח ס' 2 לחוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, ס"ח 248, הקובע כי "לא יעשה עוסק דבר – במעשה או במחדל, בכתב או בעל פה או בכל דרך אחרת לרבות לאחר מועד ההתקשרות בעסקה – העלול להטעות צרכן בכל ענין מהותי בעסקה (להלן – הטעיה); בלי לגרוע מכלליות האמור יראו ענינים אלה כמהותיים בעסקה". ס' 2(א)(13) קובע כי המחיר הרגיל או המקובל או המחיר שנדרש בעבר נחשבים ענינים מהותיים בעסקה. הפסיקה קבעה כי אי-גילוי נחשב הטעיה כמוכנה בס' 2 הנ"ל. כך, ברע"א 2837/98 ארד נ' בוק החברה הישראלית לתקשורת, פ"ד נד(1) 600, 607 (2000), נקבע כי "הטעיה היא הצהרה כוזבת. הטעיה נוצרת כאשר קיים פער בין הדברים הנאמרים (או המוסתרים) לבין המציאות. הטעיה יכולה ללבוש שתי צורות: האחת, הטעיה במעשה על דרך של מצג שווא הכולל פרטים שאינם תואמים את המציאות; והשנייה, הטעיה במחדל, קרי: אי גילוי פרטים מקום שיש חובה לגלותם". יישומם של הדברים לעיל יכול להוביל למסקנה כי נקיטת הפליה סמויה – כלומר, מבלי לגלות עובדה זו לצרכנים – עולה כדי הטעיה אסורה לפי ס' 2(א)(13) לחוק הגנת הצרכן. כמו-כן איני עוסק בחוקיות התנהגותן של הפירמות בכל הנוגע בכריית המידע על-אודות הצרכנים לשם ביצוע הפליה זו. די לציין כי התנהגות זו יכולה ליצור עוולות שונות, בעיקר מכוח חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981, ס"ח 128. כך, למשל, איסוף מידע ללא הסכמת הצרכן באמצעות "עוגיות" או תוכנה אחרת במחשבו של הצרכן יכול להוות עוולה לפי ס' 1(1) לחוק הגנת הפרטיות, המגדיר פגיעה בפרטיות, בין היתר, כבילוש או התחקות אחר אדם העלולים להטרידו. כמו-כן, איסוף מידע אישי אל תוך מאגר המידע ללא הסכמת הצרכן מושא המידע יכול להוות עוולה לפי ס' 11 לחוק הגנת הפרטיות, המטיל חובה על בעל מאגר המבקש לאסוף מידע אל תוך המאגר להודיע על כך מראש למושא המידע. מכל מקום, הדיון בעוולות אלה חורג ממסגרת המאמר הנוכחי.

1. כללי – התייחסותם של דיני הגנת הצרכן לסוגיית השוויון במחירים

דיני הגנת הצרכן עוצבו בתחילת שנות השמונים של המאה הקודמת. רשימת החוקים שיוצרת את המערך של דיני הצרכנות מונה עשרים ושניים חוקים, שהעיקרי מביניהם הוא חוק הגנת הצרכן.⁹⁶ עיון בדינים אלה מעלה כי אין בהם התייחסות מפורשת לסוגיית השוויון במחירים בין הצרכנים, כלומר, לסוגיית ההפליה בין הצרכנים. ניתן לייחס זאת לשתי סיבות עיקריות: **סיבה אחת** קשורה לאווירה המשפטית הכוללת של שנות השמונים, אשר נמנעה מלחייב גופים פרטיים לכבד את עקרון השוויון, וזאת כדי לא לפגוע בחירותם לנהל את עסקיהם כראות עיניהם, ובכלל זה בחירותם להפלות. פסק-הדין המייצג אווירה זו הוא פסק-הדין בעניין **בית יולס**, שבו קבעה דעת הרוב כי גוף פרטי אינו מחויב לכבד את עקרון השוויון.⁹⁷ אומנם, בתחילת שנות התשעים הלכה והסתמנה מגמה – אשר הובלה על-ידי הנשיא ברק – לחייב גופים פרטיים לנהוג בשוויון, וזאת מכוח דוקטרינות כלליות שבמשפט הפרטי, כגון תום-לב, תקנת הציבור ועוד.⁹⁸ אולם למרות התפתחויות אלה נראה כי במשפט הפרטי הבכורה נתונה עדיין לערך החירות של הגופים הפרטיים, והחלת עקרון השוויון עליהם היא החריג.⁹⁹

96 לרשימת עשרים ושניים החוקים הצרכניים ראו דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 295. עליהם יש להוסיף את חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, שאליו אתייחס בנפרד בתת-פרק הבא.

97 ד"נ 22/82 **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג(1) 441 (1989).

98 ע"א 294/91 **חברת קדישא גחשא ירושלים נ' קסטנבאום**, פ"ד מו(2) 464, 529–538 (1992). באותו עניין פסק השופט ברק כי ניתן להחיל את עקרונות-היסוד של השיטה מכוח עקרונות תום-הלב ותקנת הציבור. להשפעה אפשרית של הלכת **קסטנבאום** על הלכת **בית יולס** (לעיל ה"ש 97) ראו גבריאלה שלו "מכרזים פרטיים" **משפטים** כט 179 (1997) (להלן: שלו "מכרזים פרטיים"). על מגמה של החדרת עקרונות-היסוד של השיטה אל תוככי המשפט הפרטי הצביעה השופטת ארבל בע"א 10419/03 **דור נ' רמת הדר – כפר שיתופי להתיישבות חקלאית בע"מ**, פ"ד ס(2) 277 (2005), באומרה: "ערכי היסוד של שיטתנו המשפטית, ובמרכזם עקרון השוויון, חדרו והוחלו במשפט הפרטי בדרכים שונות. אחת הדרכים הרלבנטיות לענייננו היא השימוש ב'מונחי ססתום' של המשפט הפרטי, כגון הסבירות, תום הלב, הרשלנות ותקנת הציבור" (שם, פס' 15).

99 יודגש כי גם בספרות שדנה בהחלת ערך השוויון במשפט הפרטי הדיון נעשה על-ידי הצבת שני ערכים זה מול זה: **האחד**, ערך החירות של הפירמות, שממנו נגזרים חופש הקניין וחופש החוזים שלהן; **והאחר**, ערך השוויון. המאבק בין שני ערכים אלה בא לידי ביטוי בנוסחה הבאה: חיובן של הפירמות לנהוג שוויון בין הצרכנים מגביל את חירותן (החירות הקניינית והחוזית) לנהל את עסקיהן כראות עיניהן; ולהפך, הענקת החירות לפירמות לנהוג כרצונן עלולה לפגוע בזכותו של האחר לשוויון. אולם עיקר המחלוקת בין הגישות השונות מקורה במשקל שיש לייחס לכל אחד מערכים אלה. מתד גיסא, המתנגדים להחלה רחבה של ערך השוויון טוענים כי יש לייחס משקל גדול יותר לערך החירות בהשוואה לערך השוויון. במחנה זה של המתנגדים להחלת עקרון השוויון ניתן למנות את מיגל דויטש וגבריאלה שלו. ראו מיגל דויטש **קניין** כרך א 267 (1998) ("יש ליתן משקל שולי בלבד לעקרון השוויון, בהתמודדותו מול חופש הקניין של בעל הקניין הפרטי... הפריבילגיה להחליט מהי העסקה שיעשה בעל הקניין בקניינו מצויה בלב-לבו של חופש הקניין... אף כאשר

הסיבה האחרת שבגינה דיני הצרכנות לא התייחסו כלל לסוגיית ההפליה במחיר קשורה לגישות התיאורטיות שהשפיעו על עיצובם של דיני הצרכנות.¹⁰⁰ פרופ' סיני דויטש מציין בספרו שתי גישות תיאורטיות עיקריות שהשפיעו על האופן שבו התפתחו דיני הצרכנות בישראל. הגישה האחת היא הגישה הכלכלית למשפט. גישה זו דוגלת בשוק החופשי ובאי-התערבות בתנאים שנקבעו בעסקה הצרכנית, ובפרט בתנאים הנוגעים במחירו של המוצר. הגישה התיאורטית האחרת היא גישת זכויות הצרכן. על-פי גישה זו, כשם שיש זכויות-יסוד לכל אדם – זכויות פוליטיות, כלכליות, חברתיות ותרבותיות – כך יש זכויות-יסוד לצרכנים. פרופ' דויטש מונה את רשימת זכויות-היסוד של הצרכנים שמן הראוי להכיר בהם ואשר שימשו בסיס לפיתוחם של דיני הצרכנות.¹⁰¹ מעיון ברשימה זו עולה כי הזכות לשוויון בין הצרכנים – קרי, הזכות לא להיות מופלה – אינה מופיעה בה. על רקע מצע תיאורטי זה ניתן להסביר מדוע סוגיית ההפליה במחיר לא זכתה בהתייחסות בדיני הצרכנות.

2. חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים

בשנת תשס"א חוקקה הכנסת את חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים. מטרתו של חוק זה היא "לקדם את השוויון ולמנוע הפליה בכניסה למקומות ציבוריים ובהספקת מוצרים ושירותים".¹⁰² חוק זה נועד להתמודד עם תופעה שצמחה בחברה הישראלית שבה מפעילי מקומות ציבוריים הנהיגו פרייה (סלקציה) בכניסה לאותם מקומות על בסיס מאפיינים שונים, כגון לאום, דת, מין, גזע, ארץ-מוצא וכיוצא בהם.¹⁰³ תופעה זו היא שעמדה לנגד עיניהם של המחוקקים בעת דיוניהם בחוק.¹⁰⁴ הסעיף המרכזי בחוק הוא סעיף 3(א), הקובע כי "מי

מגינים על זכות השוויון אל מול חופש הקניין הנזכר, יש לעשות כן רק במצבים קיצוניים ולהסתפק בהטלת סנקציה כספית על בעל הקניין, כאשר הוא נוהג בהפליה פסולה"; גבריאלה שלו "השפעת חוק היסוד: כבוד האדם וחירותו על דיני החוזים" **קריית המשפט** 41 (2001); שלו "מכרזים פרטיים", לעיל ה"ש 98. מן הצד האחר ניצב מחנה התומכים, אשר אינם מקבלים אפיורי את עליונותו של ערך החירות. במחנה זה ניתן למנות את חנוך דגן "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי" **צדק חלוקתי בישראל** 97 (מנחם מאוטנר עורך, 2000).

100 ראו דויטש **דיני הגנת הצרכן** כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 128.
 101 שם, בעמ' 295. רשימת זכויות-היסוד של הצרכנים כוללת בעיקר את הזכות לביטחון, הזכות לסחר הוגן, הזכות למידע, הזכות לבחור, הזכות להסכם הוגן, זכות הגישה לבית-משפט והזכות להישמע. ראו גם: Jacob S. Ziegel, *The Future of Canadian Consumerism*, 51 CAN. BAR REV. 191, 194–198 (1973).

102 ראו ס' 1 לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, לעיל ה"ש 8.
 103 עובר לחקיקת החוק ניסתה הפסיקה להתמודד עם תופעה זו, אם כי בצורה מוגבלת למדי. ראו ת"א (שלום י"ם) 11258/93 **נעאמנה נ' קיבוץ קליה** (פורסם בנבו, 1.9.1996); ת"א (שלום ת"א) 15/97 **שמסיאן נ' מסעדת גני רוזמרי** (פורסם בנבו, 12.1.1999).

104 על הרקע לחקיקת החוק ראו משה כהן-אליה "החירות והשוויון בראי החוק לאיסור הפליה במוצרים ושירותים" **עלי משפט** ג 15 (2003).

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

שעיסקו בהספקת מוצר או שירות ציבורי או בהפעלת מקום ציבורי, לא יפלה בהספקת המוצר או השירות הציבורי, במתן הכניסה למקום הציבורי או במתן שירות במקום הציבורי, מחמת גזע, דת או קבוצה דתית, לאום, ארץ-מוצא, מין, נטייה מינית, השקפה, השתייכות מפלגתית, מעמד אישי או הורות".

האם החוק אוסר הפליה מדרגה ראשונה? נראה כי לשונו של החוק ברורה וחד-משמעית: הוא אוסר הפליית מחירים מדרגה שלישית – הפליה קבוצתית הנעשית מחמת טעמים מסוימים, כגון גזע, דת, לאום, ארץ-מוצא, מין ועוד – ואינו אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה, קרי, הפליה על בסיס יחידני שנעשית על רקע מידת נכונותו של הצרכן לשלם. עיון בפסיקה שהתגבשה סביב חוק זה מעלה כי הסוגיה העיקרית שנידונה שם היא הפליה בכניסה למקומות ציבוריים על רקע השתייכות קבוצתית. אין תמה אפוא שלא נמצא ולו מקרה אחד שבו הוגשה תביעה בגין הפליית מחירים מדרגה ראשונה על יסוד חוק זה.

חקיקתו של חוק זה מעלה מאליה את השאלה כיצד ישפיע החוק, אם בכלל, על החלת עקרון השוויון ואיסור ההפליה במשפט הפרטי. האם יש לצפות שחקיקתו של חוק זה היא רק תחילת הדרך, ושהפסיקה תפסע בדרך זו צעדים נוספים על-ידי הרחבת האיסורים מעבר לאלה הקבועים בחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, או שמא חקיקתו של חוק זה תסמן את סוף הדרך (לעת הזו), ובית-המשפט ימאן להוסיף איסורים מעבר לאלה הקבועים בחוק? לענייננו, האם החוק, האוסר הפליה על רקע השתייכות קבוצתית (הפליה כלכלית מדרגה שלישית), יוצר הסדר שלילי לעניין הפליות על רקע יחידני (הפליה כלכלית מדרגה ראשונה)? שאלה זו נידונה לאחרונה בבית-המשפט העליון בעניין **פרויד'אנסקי**.¹⁰⁵ באותו מקרה עלתה השאלה אם הבחנה בין נשים לגברים באשר לגיל-הסף לכניסה למקומות בילוי אסורה על-פי חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים. שלושת שופטי ההרכב (דנציגר, א' א' לוי וג'ובראן) קבעו פה אחד כי הבחנה זו הינה אכן הפליה אסורה על-פי החוק. במסגרת פסק-הדין התגלתה מחלוקת בין השופט דנציגר לבין השופט ג'ובראן, אשר אעמוד עליה בהמשך, בדבר היחס בין תפיסת השוויון הצרכני העולה מחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים לבין תפיסת השוויון החוקתי.¹⁰⁶ אולם בכל הנוגע בקיומו של הסדר שלילי ניתן להסיק מדבריהם כי חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים תוחם את שאלת החלתו של השוויון במשפט העסקי-הפרטי, ואין להוסיף על האמור בו.¹⁰⁷ השופט ג'ובראן התייחס לשאלה זו בקובעו:

105 ראו רע"א 8821/09 **פרויד'אנסקי נ' חברת לילה טוב הפקות בע"מ** (פורסם בנבו, 16.11.2011).

106 ראו להלן את הדיון ליד ה"ש 165–166.

107 נראה כי פסק-דין זה מסיים מחלוקת שהתגלתה בערכאות הנמוכות באשר לשאלה אם רשימת העילות שבס' 3(x) לחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, לעיל ה"ש 8, היא רשימה סגורה. בעניין זה ניתן להצביע על שתי גישות: גישה אחת היא זו של השופט רון שפירא מבית-המשפט המחוזי בחיפה, אשר מצאה ביטוי בחוות-דעתו (בדעת יחיד) בע"א (מחוזי חי') 3724/06 **קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי**, תק-מח 2008(1) 725, ולפיה רשימת הפעולות המהוות הפליה פסולה אינה רשימה סגורה. לעמדה זו הצטרף השופט יצחק כהן בע"א (מחוזי נצ') 198/09 **סרוור נ' חברת רידנט** רשימה סגורה.

"כך, מעצב חוק איסור הפליה את פעולת הזכות לשוויון במרחב האזרחי בשני רבדים – היקף התחולה של הזכות, וטיב הסעד בגין הפגיעה בזכות. ראשית, קובע החוק את היקף תחולת עיקרון השוויון בסקטור העסקי. שאלת האיזון בסקטור העסקי בין השוויון מחד, ובין החירות להפלות מאידך הינה שאלה מורכבת, אליה נדרש אף בית משפט זה בעבר לא פעם (ראו לדוגמא... [עניין בית יולס¹⁰⁸]). במובן זה, משקף החוק את כוונתו הברורה של המחוקק האוסרת על הפליה אף כשזו מתקיימת על ידי מוסדות בבעלות פרטית המשמשים את הציבור הרחב. ודוק, אין החוק מחיל כלל של איסור הפליה גורף.¹⁰⁹"

מדברים אלה ניתן להסיק כי תחולתו של עקרון השוויון בהקשר הצרכני מתוחמת על-ידי חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, ואי-אפשר להרחיב תחולה זו על-ידי הוספת איסורים נוספים מעבר למה שקבע המחוקק.¹¹⁰ לשיטתם, חוק זה מאזן כראוי בין חירותן של הפירמות לנהל את עסקיהן כראות עיניהן לבין זכותם של הצרכנים לשוויון. מדברים אלה עולה שחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, למרות החשיבות שרבים מייחסים לו בבטאו החלה של עקרון השוויון בתחום הפרטי, נועד אך להתמודד עם תופעה מסוימת מאוד – אם כי בהחלט תופעה פסולה, יש לומר – ואינו מהווה סממן לכך שדיני הצרכנות משנים את תווי-הפנים שלהם ונכנסים לטריטוריה של הפליה במחירים. חרף חקיקתו של חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, דיני הצרכנות נאמנים עדיין לגישה המסורתית שלפיה אין להתערב בכל הנוגע בשוויון במחיר.

מיוזיק בע"מ (פורסם בנבו, 5.11.2009), שם הביע השופט את עמדתו כי הרשימה המנויה בס' 3 (א) אינה רשימה סגורה, וכי הפליית התובעים על רקע מקום מגוריהם הינה הפליה אסורה על-פי החוק, אף שהיא אינה מוזכרת מפורשות בחוק. הגישה האחרת, אשר יש לומר כי היא הגישה השלטת, הובעה על-ידי השופטת שולמית וסקרוגו (בהסכמת השופט יצחק כהן) בעניין **קיבוץ רמות מנשה נ' מזרחי**, לעיל, שם הסתייגה השופטת מעמדתו לעיל של השופט שפירא, בציינה כי ההפליה שהשופט שפירא מדבר עליה "היא הרבה מעבר לחוק האמור", בין היתר לנוכח העובדה שהחוק הרחיב את איסור ההפליה אל עבר המגזר הפרטי, בקובעו "נקודת איזון" בין החירות הכלכלית של העוסקים לבין מדיניות חברתית שמטרתה לשמור על ערכי-יסוד של שוויון וכבוד האדם. השופט זילברטל, ביושבו בבית-המשפט המחוזי, תמך בגישה השנייה, באומר – תוך שהוא נסמך על דברי ההסבר לחוק – כי "מטרתו היא לטפל בהפליה כנגד אדם 'רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר'... החוק לא התיימר להטיל על בעלי עסקים פרטיים חובה מוחלטת לנהוג בשוויון כלפי שווים". ראו בר"ע (מחוזי י-ם) 478/08 ג.א.ת **ניהול והשקעות בע"מ נ' מור**, פס' 9 (פורסם בנבו, 25.9.2008). לדעה דומה ראו ת"א (שלום ראשל"צ) 51300-10-10 **מזרחי נ' לילה לבן ק.ט.ר בר בע"מ** (פורסם בנבו, 14.11.2012); ת"ק (תביעות קטנות ת"א) 4298-08-12 **כהן נ' סינרמה מועדונים בע"מ** (פורסם בנבו, 24.1.2013).

108 לעיל ה"ש 97.

109 עניין **פרוז'אנסקי**, לעיל ה"ש 105, בעמ' 31. לדברים דומים ראו שם, פס' 19 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

110 למעשה, הכרעה זו שוללת את האפשרות להטיל איסור על הפליית מחירים מדרגה ראשונה על-סמך דוקטרינות כלליות, כגון חובת תום-הלב ותקנת הציבור.

3. חובת סימון מחירים

התייחסות נוספת, אם כי עקיפה, לסוגיה של הפליית מחירים מצויה בפרק ד לחוק הגנת הצרכן, שכותרתו "סימון טובין והצגת מחירים"¹¹¹ סעיף 17(א) לחוק מטיל חובה על עוסק אשר מציע, מציג או מוכר טובין לצרכן לציין על-גביהם או על אריזתם את מחירם הכולל.¹¹² אומנם, תכליתו של סעיף זה אינה לאסור הפליית מחירים, אלא אך להביא לידיעת הצרכן את מחיר המוצר לפני ביצוע העסקה, כדי לאפשר לו לקבל החלטה יעילה יותר.¹¹³ עם זאת, יש להניח כי החובה לסמן את מחיר המוצר מקטינה את יכולתן של הפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, אם כי אינה מאיינת אותה לחלוטין.¹¹⁴

111 בהקשר זה יש לציין כי הוראותיו של חוק הגנת הצרכן ממעטות להתערב בסוגיית המחיר ושיטות ההמחרה. זהו חלק ממגמה כוללת של המחוקק לא להתערב במחיריהם של מוצרים, למעט במסגרתם של דיני ההגבלים העסקיים וחוקי הפיקוח השונים. כך, למשל, חוק החוזים האחדים, התשמ"ג-1982, ס"ח 98, שנחשב לחוק צרכני באופיו, ואשר מטרתו להגן על הלקוח מפני תנאים בעסקה שלגביהם לא הייתה לו הסכמה מלאה ומודעת, בוחר לא להתערב בקביעת המחיר שבין הצרכן לפירמה. בהתאם לס' 23(א)(1), לא יחולו הוראות החוק על תנאי שקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח בעסקה, שכן ההנחה היא שהלקוח שם דגש רב בנושא התמורה, ולכן אין לומר שמדובר בתנאי שלא ניתנה לו הסכמתו המודעת.

112 ס' 17 לחוק הגנת הצרכן קובע הוראה דומה לעניין שירותים: "השר רשאי לקבוע שכל עוסק, שעסקו או חלק מעסקו הוא עשיית שירותים בתחום שקבע, יציג במקום עסקו את המחיר הכולל הנדרש בעד מתן השירות או עשייתו; הצגת המחיר הכולל תהיה רק במטבע ישראלי, במקום הנראה לעין ובספרות ברורות וקריאות".

113 כך צוין בת"ק (תביעות קטנות י"ם) 2385/07 **חבר נ' חב' "סופטסייל"**, פס" 13 (פורסם בנבו, 20.11.2007), מפי השופט אברהם טננבוים: "תכליתו של הס' 17 ב' להביא לידיעת הצרכן את מחיר המוצר או השירות לפני ביצוע הקניה. ידיעת המחיר טרם הקניה היא מידע מהותי וחיוני שצריך להימצא בידי הקונה. היא מאפשרת לו להחליט אם כדאי לו לרכוש את המוצר או השירות. היא מונעת אפליית מחירים בין קונה לקונה, ומונעת מאמץ שווא של הקונה." כן ראו את דברי ההסבר להצעת חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (תיקון מס' 21) (פרסום והצגת מחירים), התשנ"ז-1996, ה"ח 76, 77-76, שהיוו את הבסיס לתיקון שנעשה במסגרת חוק הגנת הצרכן (תיקון 11), התשס"ב-2002, ס"ח 194, אשר החיל את חובת סימון המחיר על-גבי טובין: "תיקון זה דרוש מכיוון שהסעיפים האמורים, בנוסחם היום, מאפשרים להציג או לפרסם שני מחירים באופן שלצד המחיר הכולל מצוין גם מחיר שאינו כולל או מחיר שאינו נקוב במטבע ישראלי, דבר שיש בו משום הטעיה."

114 הפירמה תוכל עדיין לקבוע על-גבי המוצר (או על-גבי האריזה) מחיר מסוים, ועם זאת לנהל הליך התמקחות עם הגעת הקונה לקופה, שבסופו יהיה אפשר להפחית מהמחיר המסומן. סיטואציה זו אפשרית מאחר שס' 17(ד) לחוק קובע כי המחיר המחייב של טובין יהיה המחיר שהוצג עליהם, אף אם מחירם בקופה גבוה מהמחיר שצוין. מכאן ניתן ללמוד כי הפירמה תוכל לקבוע מחיר הנמוך מהמחיר שהוצג. בשנים האחרונות נעשה ניסיון מעניין בכנסת לבטל חובה זו, אך הביקורת הציבורית הכשילה ניסיון זה. ראו צבי זרחיה "הלחץ הציבורי עזר: הצעת חוק סימון מחירים אלקטרוניים מוקפאת" **The Marker** 11.1.2012 1.1614313 www.themarker.com/advertising/1.1614313

4. חוק ההגבלים העסקיים

התייחסות נוספת וחריגה לסוגיה של הפליית מחירים מצויה בדיני המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים.¹¹⁵ התייחסות זו חריגה ותחולתה מצומצמת מאחר שהיא חלה רק על פירמות מונופוליסטיות שיש להן שליטה ביותר מ-50% מהשוק. הסעיף הרלוונטי לענייננו הוא סעיף 29א לחוק. סעיף 29א(א) לחוק אוסר על בעל מונופולין לנצל את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור. סעיף 29א(ב) קובע רשימה של התנהגויות הנחשבות ניצול לרעה לפי סעיף-קטן (א), וזאת מבלי לגרוע מהאיסור הכללי הקבוע בו. לענייננו, שתיים מבין ההתנהגויות הללו ראיות להתייחסות קצרה. האחת קבועה בסעיף 29א(ב)(3), האוסר על בעל מונופולין לקבוע תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות, באופן העשוי להעניק יתרון לא-הוגן ללקוחות או לספקים כלפי המתחרים בהם. סעיף זה אינו רלוונטי לעסקות שבין בעל המונופולין לבין הצרכנים, אלא רק לעסקות בינו לבין לקוחות עסקיים שיש להם מתחרים.¹¹⁶ ההתנהגות האחרת קבועה בסעיף 29א(ב)(1), האוסר על בעל מונופולין לקבוע מחירי קנייה או מחירי מכירה לא-הוגנים של הנכס או השירות שבמונופולין. יישומו של סעיף זה על הפליית מחירים מדרגה ראשונה מעלה את השאלה מה נחשב מחיר הוגן, ואם מרכיב ההפליה מדרגה ראשונה הופך את המחיר למחיר לא-הוגן. שאלת ההוגנות של המחיר לפי סעיף 29א(ב)(1) נידונה בפסק-דין יחיד שניתן בעניין זה בבית-המשפט העליון בפרשת **ישראלכרט בע"מ נ' רייס**.¹¹⁷ פסק-דין זה דן בשאלה אם מופרזותו של המחיר רלוונטית לשאלת הוגנותו, ואם כן – מהו קו הגבול בין מחיר הוגן לבין מחיר לא-הוגן האסור על-פי החוק. מכאן שהדיון שם אינו יכול להיות רלוונטי לסוגיה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה, שבה השאלה העיקרית היא אם הפליה על בסיס יחידני הופכת את המחיר ללא-הוגן.¹¹⁸ ודוק, מענה לשאלה זו מחייב ליכון של מהות תכניו של המונח "הגינות", ועד כמה הפליית מחירים מדרגה ראשונה מתיישבת עם תכנים אלה. בחינה זו צריכה להיעשות על רקע תכליתם של דיני ההגבלים העסקיים – קידום התחרות ורווחת

115 חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128.

116 גם אם נאמץ את ההגדרה הרחבה למונח "צרכן", שלפיה צרכן הוא כל משתמש סופי במוצר, תהא מטרת הרכישה אשר תהא, עדיין לקוח עסקי שרוכש את המוצר למטרות מסחר, ואשר מטבע הדברים יש לו מתחרים, לא ייחשב צרכן. ראו דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 176–181.

117 רע"א 2616/03 **ישראלכרט בע"מ נ' רייס**, פ"ד נט(5) 701 (2005). ההלכה שנפסקה בעניין זה יושמה (בין היתר) בפסקי-הדין הבאים: ת"א (מחוזי ת"א) 1574/99, בש"א (מחוזי ת"א) 36128/99 **אברהמי נ' מת"ב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ** (פורסם בנבו, 26.2.2006); ת"א (מחוזי ת"א) 1493/02, בש"א (מחוזי ת"א) 8450/02 **רוזנבוים נ' פז שרותי תעופה בע"מ**, תק-מח 2007(2) 11259.

118 שאלה זו הועלתה בפסיקה פעם אחת בלבד, בבש"א (מחוזי ת"א) 21953/02 **מגורים יזום ובנייה בע"מ נ' פלאפון תקשורת בע"מ** (פורסם בנבו, 15.12.2008), שם טענה התובעת כי הנתבעת נקטה הפליית מחירים ועל-כן המחיר שנקבע אינו הוגן. אולם בית-המשפט דחה את הטענה במישור העובדתי, והדבר מנע דיון משפטי בשאלת השפעתו של מרכיב ההפליה על הוגנות המחיר.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

הציבור.¹¹⁹ מכאן שהשאלה אם הפליית מחירים הינה הוגנת אם לאו היא במידה רבה שאלה נורמטיבית, והמענה לה צריך להיות מבוסס על הערכים המונחים ביסודם של דיני הגבלים עסקיים. בחינה זו חורגת ממסגרת המאמר, אם כי הדיון בהפליית מחירים מנקודת-המבט של הרווחה המצרפית יכול להיות רלוונטי גם לדיני הגבלים עסקיים, באשר ערך זה הוא אחד הערכים המונחים ביסודם.

פרק ד: הפליית מחירים וערך הרווחה המצרפית

1. מינוח ורקע תיאורטי קצר

מנקודת-מבט של הגישה הכלכלית למשפט – שהיא החממה הנורמטיבית של ערך הרווחה המצרפית – התכלית החברתית שיש לשאוף להשגתה היא השאת הרווחה המצרפית. מכאן, שיטת המחירה היא שיטה טובה (יעילה), אשר אין להתערב בה או לאסור את קיומה, אם היא משיאה את הרווחה המצרפית. מאליה עולה השאלה מהי הרווחה המצרפית המופקת מהעסקות הצרכניות.¹²⁰ הרווחה המופקת מהעסקות הצרכניות ניתנת להצגה באמצעות שלושה פרמטרים: המחיר (המרכיב) שהצרכן מוכן לשלם בעבור המוצר (V) (על-פי עקומת הביקוש), מחיר השוק של המוצר (P) והעלות השולית של המוצר (C) (על-פי עקומת העלות השולית). בשווקים צרכניים עסקה מתבצעת אך ורק כאשר המחיר שנקבע אינו עולה על המחיר המרכיב שהצרכן נכון לשלם בעבור המוצר ($P \leq V$), שאם לא כן ימאן הצרכן לרכוש את המוצר, ואינו פחות מעלותו של המוצר ($P \geq C$), שאם לא כן תמאן הפירמה למכור. מבחינתו של הצרכן עסקה זו מגדילה את רווחתו בשווי ההפרש שבין המחיר המרכיב שהוא היה נכון לשלם לבין מחיר המוצר (V-P) (שווי זה מכונה "עודף הצרכן"), ואילו מבחינתה של הפירמה עסקה זו מגדילה את רווחתה בשווי ההפרש שבין מחיר המוצר לבין העלות השולית (P-C) (שווי זה מכונה "עודף הפירמה"). הרווחה המצרפית כתוצאה מעסקה זו שווה אם כן לעודף הצרכן בתוספת עודף הפירמה, כלומר, להפרש שבין המחיר המרכיב שהצרכן היה נכון לשלם לבין העלות השולית של המוצר (V-C). עסקה זו, שבה המחיר שהצרכן נכון לשלם עולה על העלות השולית של המוצר, הינה רצויה מבחינה חברתית – ובשפה כלכלית היא מכונה "עסקה יעילה כלכלית" – מאחר שהיא מגדילה את הרווחה החברתית הכוללת.¹²¹ על רקע תיאור זה ניתן לעמוד על הקשר שבין שיטת המחירה

119 להרחבה על מטרותיהם של דיני הגבלים עסקיים ראו יצחק יגור **דיני הגבלים עסקיים** 56-43 (מהדורה שנייה, 1999).

120 להרחבה על המונחים שיובאו להלן ראו גרעון, לעיל ה"ש 20.

121 בתורת הכלכלה מקובל להבחין בין שני קריטריונים של יעילות. הקריטריון האחד הוא יעילות פְּרִטו. על-פי קריטריון זה, מצב מסוים הוא מצב יעיל פְּרִטו כאשר אי-אפשר לשפר את מצבו של פרט אחד

כלשהי לבין הרווחה המצרפית: שיטת המחרה משפיעה על מספר העסקות הצרכניות המתבצעות בשוק, וכפועל יוצא מכך על הרווחה המצרפית. שיטת המחרה הינה שיטה רצויה אם היא מגדילה את סך העסקות הצרכניות היעילות המתבצעות, ובכך מגדילה את הרווחה המצרפית. שיטת המחרה המיטבית והיעילה ביותר היא זו המבטיחה שכל העסקות הצרכניות האפשריות יתבצעו, דבר המבטיח את השאת הרווחה המצרפית. כשבאמתחתנו נוסחת קשר זו, נפנה כעת לבחון אם הפליית מחירים מדרגה ראשונה הינה שיטת המחרה יעילה.

2. הטיעון המקובל: הפליית מחירים מדרגה ראשונה משיאה את הרווחה המצרפית

בספרות הכלכלית קיים כמעט קונסנזוס שלפיו הפליית מחירים מדרגה ראשונה הינה שיטת המחרה יעילה המשיאה את הרווחה המופקת מהעסקות הצרכניות.¹²² כדי להבהיר טיעון זה, נעיין שוב בתרשים 1 לעיל, שמציג את העלות השולית הכרוכה במכירת מוצר נתון, את הביקוש למוצר ואת הפדיון השולי ממכירתו. כאמור, במשטר של הפליה מדרגה ראשונה, הפירמה מחייבת כל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם. פירמה רציונלית תהיה נכונה להמשיך לשווק יחידה נוספת כל

(להגדיל את רווחתו) מבלי לפגוע בפרט אחר (לצמצם את רווחתו). מידת הרלוונטיות של קריטריון זה לסיטואציה הצרכנית הינה מוגבלת, שכן ביצועה של כל עסקה כרוך בהכרח בגידול רווחתו של האחד על-חשבוננו של האחר. גם עיצובם של דיני הצרכנות מגלם בתוכו חלוקה מסוימת של רווחה, שמשמעה פגיעה מסוימת ברווחתם של חלק מהפרטים. על-כן בהקשר הצרכני מקובל להתייחס לקריטריון יעילות נוסף – קלדור-היקס. על-פי קריטריון קלדור-היקס, שינוי הוא יעיל אם וכאשר הרווחה המצרפית גדלה כתוצאה ממנו. באופן תיאורטי קיימת אפשרות שאנשים אשר רווחתם גדלה עקב השינוי יפצו את אלה שרווחתם צומצמה ועדיין תיוותר בידיהם רווחה. לשון אחר, באמצעות חלוקה מאוחרת של הרווחה, כל שינוי יעיל לפי קלדור-היקס יכול ליהפך לשיפור פָּרְטו. אין תמה שעקרון קלדור-היקס מכונה "פָּרְטו פוטנציאלי". להרחבה בעניין זה ראו: Nicholas Kaldor, *Welfare Propositions of Economics and Inter-Personal Comparisons of Utility*, 49 *ECON. J.* 549 (1939); John Richard Hicks, *The Foundations of Welfare Economics*, 49 *ECON. J.* 696 (1939); Lawrence G. Sager, *Pareto Superiority, Consent and Justice*, 8 *HOF. L. REV.* 913, 930–935 (1980); Edwin C. Baker, *Starting Point in Economic Analysis of Law*, 8 *HOF. L. REV.* 939, 940–948 (1980); Richard A. Posner, *The Ethical Common Law and Political Basis of the Efficiency of Common Law Adjudication*, 8 *HOF. L. REV.* 487, 488–491 (1980).

122 ראו: James Boyle, *Cruel, Mean, or Lavish? Economic Analysis, Price Discrimination and Digital Intellectual Property*, 53 *VAND. L. REV.* 2007, 2025–2026 (2000); DENNIS W. CARLTON & JEFFREY M. PERLOFF, *MODERN INDUSTRIAL ORGANIZATION* 290, 306 (4th ed. 2005); Michael J. Meurer, *Copyright Law and Price Discrimination*, 23 *CARDOZO L. REV.* 55, 69 (2001); Hal R. Varian, *Price Discrimination and Social Welfare*, 75 *AM. ECON. REV.* 870 (1985).

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

עוד מידת נכונותו של הצרכן לשלם בעבורה (על-פי עקומת הביקוש) עולה על עלותה לפירמה (על-פי עקומת העלות השולית – MC). על-פי התרשים, הפירמה תמשיך לשווק עד לנקודה Q_0 . למעשה, שיטת המחירה זו מבטיחה כי כל העסקות היעילות יתבצעו בסופו של דבר. במצב זה עודף הצרכנים הוא אפס, ואילו עודף הפירמה הוא שטח המשולש adf . סך הרווחה המצרפית שמופקת מכלל העסקות שהתבצעו שווה לעודף הצרכנים (אפס במקרה זה) בתוספת עודף הפירמות (שטח המשולש adf), ובסך-הכל – שטח המשולש adf . שטח זה מהווה את הרווחה המרבית שהיה אפשר להפיק מביצוע העסקות במוצר הנתון. וזאת יש להדגיש: על-פי תיאור זה, סך הרווחה המצרפית שניתן להפיק תחת משטר של הפליית מחירים מדרגה ראשונה שווה לסך הרווחה המצרפית שניתן להפיק בשוק משוכלל. כזכור, בתנאים של תחרות משוכללת, בהינתן ביקוש D והיצע S למוצר, המוצר יימכר במחיר אחד – מחיר שיווי-משקל (equilibrium price), שבו הכמות המוצעת שווה לכמות המבוקשת. בתרשים לעיל הכמות המוצעת בשיווי-משקל היא Q_0 , שנמכרת במחיר P_0 . במצב זה עודף הצרכנים שווה לשטח המשולש agf , ואילו עודף הפירמות שווה לשטח המשולש dgf .¹²³ סך הרווחה המצרפית שמופקת, שווה לעודף הצרכנים בתוספת עודף הפירמות, אשר שווים לשטח המשולש adf . המסקנה הנורמטיבית המתבקשת מניתוח זה היא שהפליית מחירים מדרגה ראשונה הינה פרקטיקה יעילה שמשאיה את הרווחה המצרפית, ועל-כן אין להתערב בה.

3. ביקורות על הטיועון המקובל

הטיועון לעיל, שלפיו הפליית מחירים מדרגה ראשונה בין הצרכנים הינה שיטת ההמחירה היעילה ביותר מאחר שהיא מבטיחה השאה של הרווחה המצרפית בדומה לזו שהייתה מופקת בשוק משוכלל, אינו נקי מקשיים ומביקורת.¹²⁴ ניתן לחלק ביקורת זו לשני סוגים: ביקורת חיצונית וביקורת פנימית.

הביקורת החיצונית מופנית נגד עצם התמקדותה של הגישה הכלכלית בהשפעתה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה על הרווחה המצרפית, תוך התעלמות מהשפעתה בתחומים אחרים. כך, למשל, ניתן לטעון כי אומנם אין הבדל בסך הרווחה המצרפית המופקת במצב של תחרות משוכללת בהשוואה למצב של הפליית מחירים מדרגה ראשונה, אולם קיים הבדל בין שני המצבים הללו באופן שבו רווחה זו מתחלקת בין הצרכנים לבין הפירמות. בעוד במצב של תחרות משוכללת הרווחה מתחלקת בצורה

123 נקודה g מתוארת בתרשים כנקודה P_0 .

124 ספרות מועטה בלבד קראה תיגר על הדעה הרווחת בדבר יעילותה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה. ראו: Peter T. Leeson & Russell S. Sobel, *Costly Price Discrimination*, 99 *ECON. LETTERS* 206 (2008); V. Bhaskar & Ted To, *Is Perfect Price Discrimination Really Efficient? An Analysis of Free Entry*, 35 *RAND J. ECON.* 762 (2004); Aaron S. Edlin, Mario Epelbaum & Walter P. Heller, *Is Perfect Price Discrimination Really Efficient? Welfare and Existence in General Equilibrium*, 66 *ECONOMETRICA* 897 (1998).

מאזנות בין הצרכנים לבין הפירמות, במצב של הפליית מחירים מדרגה ראשונה – שבה הפירמות מחייבות את הצרכנים בדיוק לפי המחיר המרבי שהם מוכנים לשלם – הפירמות מעבירות לידיהן את מלוא הרווחה המופקת מהעסקות הצרכניות (או את חלק-הארי שלה) תוך שהן ממזערות את הרווחה שנותרת בידי הצרכנים, אם בכלל. על-פי ביקורת זו, ההתמקדות בהשפעתה של הפליית המחירים מדרגה ראשונה על הרווחה המצרפית, תוך התעלמות מההשפעה החלוקתית שלה, אינה במקומה. למעשה, ביקורת זו הינה ביקורת כללית נגד הגישה הכלכלית למשפט המתמקדת בהשאת הרווחה המצרפית, ולא באופן שבו רווחה זו מתחלקת בין הפרטים בחברה. פוזנר, אחד האבות המייסדים של הגישה הכלכלית למשפט, הוא המייצג המובהק של גישה זו, הרואה את הגדלת הרווחה המצרפית כמטרה היחידה. על גישה זו נמתחה ביקורת נוקבת, אשר טרם נמצאה לה תשובה משכנעת.¹²⁵ מכל מקום, בחלק זה של הדיון איני נדרש להכריע בביקורת זו.¹²⁶ הסיבה לכך היא שחלק זה של הדיון בוחן את הפליית המחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של הרווחה המצרפית, ולא מנקודת-המבט של ערכים אחרים, ובכלל זה צדק חלוקתי. בהמשך אתייחס לביקורת חיצונית נוספת, ויש לומר חריפה יותר, מכיוונה של תיאוריית השוויון.

הסוג האחר של ביקורת הוא פנימי באופיו. ביקורת זו אינה חולקת על עצם ההתמקדות ברווחה המצרפית, אלא על הקביעה כי בהפליית מחירים מדרגה ראשונה יש

125 Ronald M. Dworkin, *Is Wealth a Value?*, 9 J. LEGAL STUD. 191 (1980); John S. Chipman & James C. Moore, *The New Welfare Economics*, 19 INT'L ECON. REV. 547, 579–580 (1978); Tibor Scitovsky, *The State of Welfare Economics*, 41 AM. ECON. REV. 303 (1951). לאחרונה הולכת ומתרחבת מגמה של עידון תפיסה זו על-ידי הכרה בכך שהגדלת הרווחה אינה התכלית הנורמטיבית הבלעדית. למעשה, הולכת ומסתמנת מגמה של הכרה בלגיטימיות של שיקולים חלוקתיים כתכלית ראויה נוספת. הכרה זו לבשה שתי צורות שונות. אסכולה אחת מפרידה בין השלבים של גידול הרווחה וחלוקת הרווחה. בשלב הראשון יש להתמקד בהשאת הרווחה החברתית, והטיפול בחלוקת הרווחה אמור להיעשות בשלב מאוחר יותר. ראו: Steven Shavell, *Strict Liability versus Negligence*, 9 J. LEGAL STUD. 1 (1980); STEVEN SHAVELL, *ECONOMIC ANALYSIS OF ACCIDENT LAW* (1987); A. Mitchell Polinsky, *Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law*, 87 HARV. L. REV. 1655, 1688–1689 (1974). גישה זו אמורה, למשל, להוביל למסקנה שכאשר יש שתי אפשרויות שהשפעתן על הרווחה המצרפית זהה אך השפעתן על ערכים אחרים שונה, יש לבחור באפשרות שמקדמת ערכים אחרים, כגון ערכים של שוויון או של צדק חלוקתי. אסכולה אחרת מציעה לשלב את שני השיקולים – המצרפי והחלוקתי – אל תוך קריטריון נורמטיבי משולב, המכונה "פונקציית הרווחה החברתית" (social welfare function). להרחבה בעניין זה ראו: Abram Bergson, *A Reformulation of Certain Aspects of Welfare Economics*, 52 Q. J. ECON. 310 (1938); Ezra J. Mishan, *Welfare Criteria: An Exchange of Notes – A Comment*, 72 ECON. J. 234 (1962); KENNETH E. BOULDING, *ECONOMICS AS A SCIENCE* 125 (1970).

126 להתייחסות חלקית לטענה זו ראו להלן את הדיון ליד ה"ש 196 ואילך.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

כדי להשיא את הרווחה המצרפית, כפי שמקובל לטעון. חלק זה של הדיון מוקדש לביקורת זו.

(א) טעות בהערכת מידת נכונותו של הצרכן לשלם

הטיעון שבבחה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מבוסס על ההנחה שהפירמה יכולה להעריך בדיוק רב את מידת נכונותם של הצרכנים לשלם בעבור המוצר. הנחה זו לרוב אינה מדויקת. הפליית מחירים המבוססת על כריית מידע אינה אלא הליך שבמסגרתו הפירמה מבקשת לנבא או להעריך – על-סמך מידע הקיים אצלה – את מידת נכונותו של הצרכן לשלם. הליך זה אינו מדויק, ועל-כן ייתכנו טעויות בהערכה: מחד גיסא, קיים חשש להערכת-יתר, המתרחשת כאשר הפירמה מעריכה את מידת נכונותו של הצרכן לשלם כגבוהה ממידת נכונותו האמיתית; ומאידך גיסא, קיים חשש להערכת-חסר, המתרחשת כאשר הפירמה מעריכה את מידת נכונותו של הצרכן לשלם כפחותה ממידת נכונותו האמיתית. מנקודת-מבטה של הרווחה המצרפית, קיימת בעיה בעיקר במצב של הערכת-יתר. הסיבה לכך היא שבהערכת-יתר הפירמה דורשת מחיר העולה על המחיר שהצרכן מוכן לשלם, ולכן העסקה אינה מתבצעת בסופו של דבר. עסקות שאינן מתבצעות כתוצאה מהערכת-יתר מהוות בזבוז משאבים.¹²⁷

(ב) הפליית מחירים יוצרת החצנה

עיקר הספרות שמשבחת את הפליית המחירים מדרגה ראשונה מתמקדת בתועלת הצומחת ממנה, אך מתעלמת מהעלות הכרוכה בנקיטתה. עיקר העלות מקורה בהשפעה השלילית שיש להפליה זו על תחושותיהם של הצרכנים.¹²⁸ כאמור, מחקרים מצביעים על כך שהצרכנים מתייחסים באופן שלילי להפליית מחירים.¹²⁹ ממחקרים אלה עולה כי

127 ראו HOVENKAMP, לעיל ה"ש 20, בעמ' 576; Kochelek, לעיל ה"ש 39, בעמ' 523. 128 נוסף על כך ניתן להצביע על העלויות הפיננסיות שהפירמות נאלצות להשקיע כדי להנהיג מדיניות של המחרה מפלה. עלות מסוג אחד היא העלות הכרוכה באיסוף המידע האישי ובעיבודו. כאמור, עלות זו הולכת ופוחתת לנוכח ההתפתחויות הטכנולוגיות של העשורים האחרונים. עלות מסוג אחר היא העלות הכרוכה במניעת ארביטרוז', קרי, מצב שבו צרכנים עם נכונות תשלום נמוכה ימכרו את המוצרים שרכשו לצרכנים עם נכונות גבוהה יותר. ניתן למנוע ארביטרוז' על-ידי קביעת תנאי בחוזה המכר האוסר על הצרכן למכור לצרכן אחר. במוצרי מידע, כגון תוכנות, ניתן למנוע מצב זה על-ידי פיתוחים טכנולוגיים המונעים העברה של המוצר לידי צרכן אחר. להרחבה ראו Edwards, לעיל ה"ש 51, בעמ' 570; Kochelek, לעיל ה"ש 39, בעמ' 522.

129 לדיון בהתייחסותם השלילית של הצרכנים להפליית מחירים ראו לעיל פרק ב, שם הצבעתי בעיקר על המחקר שנעשה במכון אנברג (לעיל ה"ש 27), אולם על התחושות השליליות שהפליית מחירים יוצרת אצל הצרכנים ניתן ללמוד גם ממחקרים אחרים. כך, למשל, באחד המחקרים נשלחו קטלוגים של מוצרים הנמכרים בהנחה לצרכנים שכבר רכשו אותם במחיר המקורי. צרכנים שקנו את המוצר במחיר המקורי הרגישו אי-נוחות. ההנחה נתפסה על-ידיהם כלא-הגונה, ואף השפיעה על החלטות הרכישה העתידיות שלהם. מחקר זה מלמד כי התייחסותם השלילית של הצרכנים חלה גם על הפליה מדרגה שנייה ומדרגה שלישית, ולא רק על הפליה מדרגה ראשונה. כך, למשל, צרכנים הביעו התייחסות שלילית כלפי אסטרטגיות ההמחרה של מלונות נופש ואירועי ספורט, אשר משנים את

רמת הסלידה וההתייחסות השלילית להפליית מחירים משתנות לפי סוג ההפליה ולפי האופן שבו היא נעשתה. מבין שלושת סוגי ההפליות, נראה כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה מעוררת את ההתייחסות השלילית ביותר. רק לשם הדגשה אזכיר כי 87% מהנשאלים הביעו התייחסות שלילית להפליית מחירים מדרגה ראשונה. יש לשים לב שהתייחסות שלילית זו אינה נחלתם של הצרכנים המופלים לרעה בלבד, אלא של כלל הצרכנים. התייחסות שלילית מיוחדת עוררה הפליית המחירים המבוססת על כריית מידע אישי. כך, למשל, 91% מהנשאלים ציינו כי "זה לא בסדר" שהפירמה גובה מחירים שונים בהסתמך על מידע אישי שקיים ברשותה. ההתייחסות השלילית של הצרכנים חלה גם על עצם היות ההפליה סמויה – 84% מהנשאלים ציינו כי על הפירמה ליידע אותם בדבר קיומה של ההפליה. על כל אלה יש להוסיף כי עצם הפעילות במידע האישי לצורך ביצוע ההפליה, להבדיל מן ההפליה עצמה, מגבירה את ההתייחסות השלילית של הצרכנים. בסקר שנעשה בארצות-הברית נמצא כי יותר מ-60% ממשתמשי האינטרנט מרגישים חוסר נוחות מכך שאתרי האינטרנט אוגרים מידע בנוגע לפעילותם ברשת, גם אם הם עושים זאת כדי להביא תועלת למשתמשים, כגון התאמה יחידנית של המוצרים. המשתמשים מעדיפים הפחתה בפעילות במידע האישי על-אודותיהם, גם במחיר ויתור על הנוחות הכרוכה בכך.¹³⁰ תוצאות סקר זה דומות לתוצאותיו של סקר אחר שנערך בשנת 2007, שלפיו 61% ממשתמשי האינטרנט חוששים ומודאגים מהפעילות במידע האישי שלהם בבואם לקנות מוצרים באינטרנט. מדובר בעלייה של 14% בהשוואה לתוצאות סקר דומה שנערך בשנת 2006, שם נמצא כי רק 47% הביעו דאגה בעניין הפעילות במידע האישי על-אודותיהם.¹³¹

הפליה בין צרכנים גורמת להם אם כן נזק המתבטא ביצירת תחושות שליליות אצלם, כגון כעס, אי-נוחות, עצבנות, סלידה וכדומה. תחושות אלה, לרבות הפגיעה ברגשותיהם, הן נזק לכל דבר ועניין, שיש להביאו בחשבון.¹³² יוצא אפוא שכאשר

המחיר לפי רמת הביקוש ובכך יוצרים למעשה הפליית מחירים. ראו: Eric T. Anderson & Duncan I. Simester, *Does Demand Fall When Customers Perceive That Prices Are Unfair: The Case of Premium Pricing for Large Sizes*, 27 *MARKETING SCI.* 492 (2008); Eric T. Anderson & Duncan I. Simester, *Price Stickiness and Customer Antagonism*, 125 *Q. J. ECON.* 729 (2010).

130 ראו "סקר: אנשים מרגישים אי-נוחות לגבי אתרים המשתמשים במידע אישי" **דיני רשת** 14.4.2008 www.netlaw.co.il/it_itemid_9263_desc_ftext.htm

131 ראו "מחקר חדש – הקונים המקוונים חוששים יותר לגבי פרטיותם" **דיני רשת** 20.1.2008 www.netlaw.co.il/it_itemid_8463_desc_ftext.htm

132 מעבר לנזק שנגרם לצרכנים עקב הפגיעה ברגשותיהם, חששם מפני פעילות נרחבת במידע האישי שלהם עלול להניאם מלבצע את העסקה. הדבר בולט במיוחד ברכישות באמצעות רשת האינטרנט. במחקר שערכה רשות המסחר האמריקאית (FTC) עולה כי קרוב לשני שלישים מהצרכנים מודאגים מאוד בנוגע לשמירה על פרטיותו של המידע האישי שהם מספקים באופן מקוון. על-פי נתונים אלה, חששם של הצרכנים מפני פעילות במידע האישי שלהם מניע אותם להדיר את רגליהם מהשווקים הצרכניים, וגורם להפסד עסקות בסך של 18 מיליארד דולר מדי שנה. ראו את הרוח של רשות

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

פירמות נוקטות הפליית מחירים מדרגה ראשונה, הן מפנימות את התועלת החברתית הצומחת מכך, המתבטאת בגידול ברווחיהן, אך מחצינות את התוצאות השליליות הנגרמות על-ידי הפליה זו אל הצרכנים ואל החברה בכללותה. זהו מצב טיפוסי של החצנה (externality).¹³³

4. התערבות משפטית לתיקון כשל החצנה

בניתוח הכלכלי של המשפט, החצנה נתפסת ככשל שוק. החצנה מעידה על קיומה של השפעה חיצונית שלילית, אשר גורעת מהרווחה המצרפית הקרבית. שיעורה של גריעה זו שווה לשיעור הנזק שהחצנה גורמת. לכן, בניגוד לדעה המקובלת, הרווחה המצרפית שמופקת תחת משטר של הפליית מחירים מדרגה ראשונה קטנה מהרווחה המצרפית שהיה אפשר להפיק בתנאים של תחרות משוכללת. על-פי הניתוח הכלכלי למשפט, סיטואציה זו עשויה להצדיק התערבות חיצונית-משפטית שמטרתה להשיא את הרווחה המצרפית.¹³⁴ התערבות זו נעשית באמצעות קביעת כללים משפטיים, המיועדים להסדיר

המסחר האמריקאית: FEDERAL TRADE COMMISSION, PRIVACY ONLINE: FAIR INFORMATION PRACTICES IN THE ELECTRONIC MARKETPLACE (2000), available at www.ftc.gov/reports/privacy2000/privacy2000.pdf. על-פי סקר של Harris Interactive, החשש מפני פעילות נרחבת במידע האישי נחשב אחד הגורמים שמעכבים את התפתחותו של המסחר האלקטרוני הצרכני. ראו: Harris Interactive, *First Major Post 9/11 Privacy Survey Finds Consumers Demanding Companies do More to protect Privacy; Public Wants Company Privacy Policies to be Independently Verified* (2002), available at www.prnewswire.com/news-releases/first-major-post-911-privacy-survey-finds-consumers-demanding-companies-do-more-to-protect-privacy-public-wants-company-privacy-policies-to-be-independently-verified-76094112.html.

133 לדין בהשפעות חיצוניות ראו: ARTHUR C. PIGOU, THE ECONOMICS OF WELFARE (London, 4th ed. 1948).

134 באחד המאמרים החשובים ביותר בניתוח הכלכלי למשפט, העלה קוז את הטענה – אשר התפתחה למה שידוע כיום כ"תיאורמה של קוז" – שלפיה "במצב של העדר עלויות עסקה או עלויות עסקה זניחות וקיום שיתוף-פעולה רצוני בין הצדדים, תושג תוצאה יעילה כלכלית בלי קשר למצב הזכויות המשפטיות של הצדדים". ראו: Ronald H. Coase, *The Problem of Social Cost*, 3 J. L. & ECON. 1 (1960). בהקשר של הפליית מחירים הטענה היא שאם הנזק שנגרם לצרכנים כתוצאה מן ההפליה עולה על התועלת הצומחת לפירמות מנקיטת מדיניות מפלה, אזי יש לצפות שהצרכנים יבקשו לשכנע את הפירמות להפסיק את מדיניות ההפליה ולעבור למשטר של מחיר אחיד, וזאת באמצעות תשלום פיצוי לפירמות על הפסד הרווחה שנגרם להן עקב הסכמתן לא להפלות. פעולת הפיצוי נועדה לשכנע או "לשחד" את הפירמות לערוך את השינוי הרצוי מבחינתם של הצרכנים. ברם, נראה שהתיאור לעיל אינו מתקיים ככל שעסקינן בהפליית מחירים. הסיבה לכך היא שהתנאי לתחולת התיאורמה – העדר הוצאות עסקה – אינו מתקיים כמעט בעסקות שעניינן הפליית מחירים. "הוצאות עסקה", לעניין זה, כוללות כל גורם שיש בו כדי לשלול את יכולתם או נכונותם של הצדדים הנוגעים בדבר להתקשר ביניהם בעסקות השיחוד למיניהן. ראשית, התיאורמה אינה חלה מקום

את הפליית המחירים. התערבות זו יכולה ללבוש צורות שונות. מנקודת-מבטה של הרווחה המצרפית, יש לבחור בהתערבות שהשפעתה על הרווחה המצרפית תהיה חיובית, קרי, שהתועלת שתנבע ממנה תעלה על העלות הכרוכה בה. בחלק זה של הדיון אבחן דרכי התערבות אפשריות, תוך עמידה על העלות והתועלת הגלומות בכל אחת מהן.

(א) איסור גורף של הפליית מחירים מדרגה ראשונה

לכאורה ניתן למנוע את הפירמות מלהחזין על הצרכנים את ההשפעה השלילית של הפליית מחירים פשוט על-ידי הטלת איסור גורף על הפליית מחירים, שהרי בהעדר הפליה אין החצנה. דא עקא, נראה כי איסור גורף של הפליית מחירים מדרגה ראשונה לא רק שלא יקדם את הרווחה המצרפית, אלא אף יפגע בה. ראשית, כלל שיאסור על הפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה יגרום לכך שכל אחת מהן תקבע מחיר אחיד שישא את רווחיה. בתחילת פרק א תיארתי בהרחבה את האופן שבו הפירמה קובעת את המחיר האחיד, והראיתי כי בשיווי-משקל תשווק הפירמה כמות Q_M מהמוצר במחיר אחיד של P_M ליחידה.¹³⁵ במצב זה הרווח שצומח לפירמה (עודף הפירמה) שווה

שהצרכנים אינם מודעים לקיומה של ההפליה. סיטואציה זו יכולה להתרחש כאשר מדובר בהפליה סמויה. שנית, לצרכנים עצמם אין נכונות לרכוש מהפירמות את הזכות לא להיות מופלה. מבחינתם, עצם התשלום לפירמות כדי שיימנעו מהפליה גורם כשלעצמו לפגיעה ולנוק נפשי שאינם שונים בהרבה מאלה הנגרמים עקב ההפליה עצמה. לאי-נכונותם של הצרכנים לרכוש את עצם הזכות לא להיות מופלה ראו: John J. Donohue, *Prohibiting Sex Discrimination in the Workplace: An Economic Perspective*, 56 U. CHI. L. REV. 1337 (1989). שלישיית, קיים קושי מעשי לרתום את כלל הצרכנים הנפגעים מן ההפליה לרכישת זכותה של הפירמה להפלות. לזכות לא להיות מופלה יש מאפיין של מוצר ציבורי: כל אחד מהצרכנים צפוי ליהנות ממנה אף אם לא השתתף במימונה. עקב כך ניתן לצפות ל"כשל שוק": אף שהשווי הכספי של הנזק שנגרם לצרכנים עקב נקיטת מדיניות מפלה עשוי להיות גבוה מן השווי הכספי של התועלת שהפירמה מפיקה, הצרכנים אינם מצליחים – בשל העדר נכונות או יכולת להתארגן – לשכנע את הפירמה להימנע מהפליה. וזאת יש להדגיש: די בכך שאחד מקבוצת הצרכנים הנפגעים יסרב להשתתף ברכישת הזכות לא להיות מופלה על-מנת להכשיל את עסקת השיחוד. זאת, מכיוון שמצב של העדר הפליה מתקיים כאשר הפירמה מתייחסת לכלל הצרכנים בצורה שווה, ומכאן שהתייחסות לא-שווה ולו לצרכן אחד משמעה הכשלת עסקת השיחוד בכללותה. רביעית, וכפי שיורחב בהמשך (אחרי ה"ש 146), הימנעות מהפליה ומעבר למחיר אחיד עלולים לפגוע בצרכנים שמידת נכונותם נמוכה מהמחיר האחיד שייקבע לאחר עסקת השיחוד. מכאן שלעסקת השיחוד יש השפעה שלילית על חלק מהצרכנים, ועל-כן אי-אפשר לצפות לתוצאה יעילה. תוצאה יעילה מחייבת את כל הגורמים המעורבים, לרבות הצרכנים נפגעי המחיר האחיד (נפגעי השוויון). להשתתף בעסקת השיחוד, דבר שאינו אפשרי וכוון בעלויות שאינן זניחות בשל קשיי תיאום והעדר מפגש מקדים.

135 נקודת המוצא של הדיון היא שלפירמות יש יכולת להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה, דבר המלמד כי השוק אינו משוכלל, אלא נגוע בכשל שוק אחד לפחות מבין אלה שעליהם הצבעתי לעיל בדיון בפרק ב, כגון חוסר מידע, עודף מידע, הפליה סמויה, הטיות קוגניטיביות, תיאום סמוי, מבנה שוק ריכוזי או תחרות מונופוליסטית. קיומו של כשל שוק אחד לפחות מבין הכשלים הללו הוא גם

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

לשטח המרובע $bcde$ (W_F), ועודף הצרכנים שווה לשטח המשולש abc (W_C). סך הרווחה המופקת מן העסקות הצרכניות שווה לשטח $W_C + W_F = abc + bcde$. שטח זה קטן בבירור משטח המשולש adf , המתאר את הרווחה המצרפית שהיה אפשר להפיק אילו נקטה הפירמה הפליה מדרגה ראשונה. סך ההפרש שווה לשטח W_L . שטח זה מבטא את הרווחה שהייתה מופקת ממכירת הכמות שבין Q_0 ל- Q_M תחת משטר של הפליית מחירים, ואשר אינה מופקת כעת בשל איסור ההפליה וקביעת מחיר אחיד.¹³⁶ יוצא אפוא שהטלת איסור על הפליית מחירים ומעבר למשטר של מחיר אחיד מסכלים ביצוען של עסקות יעילות, וגורמים לאובדן הרווחה שהייתה מופקת מביצוען. אובדן הרווחה שנגרם כתוצאה מאיסור ההפליה שווה לשטח W_L .¹³⁷ לא זו אף זו, אובדן הרווחה המתואר הוא רק אובדן הרווחה הישירה שהיה אפשר להפיק מאותן עסקות שלא התבצעו, קרי, הרווחה שהצדדים הישירים לעסקה הצרכנית היו מפיקים. אך דומה שרווחה זו אינה הרווחה היחידה המופקת מהעסקה הצרכנית. הרווחה הכוללת של העסקה הצרכנית כוללת גם את הרווחה המופקת על ידי צדדים אחרים הקשורים בדרך זו או אחרת לעסקה הצרכנית. העודפים הכלכליים של העסקה אינם מתמצים אך ורק בעודף הצרכן ובעודף היצרן. ביצוע העסקה הצרכנית יוצר עודפים כלכליים נוספים –

הסיבה לכך שהפירמה תוכל – אם יוטל כלל האוסר הפליה – לקבוע מחיר אחיד השונה מהמחיר שהיה נקבע בתחרות משוכללת. מכאן שההשוואה נעשית בין מצב שבו הפירמה מנהיגה הפליית מחירים מדרגה ראשונה לבין מצב שבו הפירמה קובעת מחיר אחיד, והכל בתנאים של תחרות לא-משוכללת.

136 הסיבה לכך היא שאיסור ההפליה אילץ את הפירמה לקבוע מחיר P_M . במצב זה רק צרכנים שמידת נכונותם עולה על מחיר זה יהיו נכונים לרכוש את המוצר, ואילו צרכנים שמידת נכונותם נמוכה ממחיר זה לא יהיו נכונים לרכוש את המוצר, הגם שתחת משטר של המחרה מפלה הם היו יכולים לרכוש את המוצר.

137 בנסיבות מסוימות, הקשורות בעיקר לטיבו ולמהותו של המוצר הרלוונטי, הפליית מחירים הינה תנאי הכרחי לייצורו של המוצר, ומכאן שאיסור הפליית המחירים עלול לגרום לאי-ייצורו של המוצר כלל. האמור נכון במיוחד לגבי מוצרי מידע, אשר מבנה העלות שלהם מתאפיין ביתרונות לגודל. במקרה זה נפגעי איסור ההפליה הם כל הצרכנים, ולא דווקא קבוצה מסוימת. לשם המחשה נתבונן על הדוגמה המספרית הבאה. נניח שפירמה פיתחה תוכנה שהעלות ההתחלתית הכרוכה בייצורה היא 4,500 ש"ח, ואילו העלות השולית הכרוכה בייצור עותק נוסף מהתוכנה היא 0. כן נניח שניתן לחלק את הצרכנים לשתי קבוצות (פלחים) לפי מידת נכונותם לשלם. הקבוצה האחת כוללת 1,000 צרכנים שכל אחד מהם מוכן לשלם 2 ש"ח בעבור עותק מהתוכנה, ואילו הקבוצה האחרת כוללת 500 צרכנים שכל אחד מהם מוכן לשלם 4 ש"ח בעבור עותק מהתוכנה. במשטר של הפליית מחירים מדרגה ראשונה תמכור הפירמה לכלל הצרכנים משתי הקבוצות, מאחר שהפדיון הכולל המתקבל מכלל המכירות שווה ל-6,000 ש"ח. לעומת זאת, כלל הקובע איסור הפליה יניא את הפירמה מלכתחילה מלייצר את התוכנה. הסיבה לכך היא שאם ייקבע מחיר אחיד של 2 ש"ח, אזי הפדיון הכולל יהיה 3,000 ש"ח, ואילו אם ייקבע מחיר גבוה מ-2 ש"ח, ובמקרה זה 4 ש"ח, אזי הפדיון הכולל יהיה 4,000 ש"ח. בשני המקרים תפסיד הפירמה, ולפיכך היא תימנע מלכתחילה מלייצר את התוכנה. יוצא אפוא שאם לא יוטל איסור על הפליה, וייתן היתר לפירמה להפלות, החברה בכללותה עשויה ליהנות מייצור תוכנה שהיא לא הייתה זוכה בה תחת משטר של איסור הפליה.

למשל, כתוצאה משימושים עתידיים במוצר מושא העסקה. לדוגמה, קניית מכונת כביסה חוסכת זמן רב הכרוך בביצוע כביסה ידנית, וזמן זה מופנה כעת לפעילות אחרת היוצרת רווחה. מן הצד של הפירמה שמכרה את המוצר, זו מעסיקה עובדים כתוצאה מביצוע אותה עסקה, ובכך נוצר "עודף העובד". אותה פירמה יכולה גם להפנות את תוספת הרווחה שנוצרה לה כתוצאה מביצוע העסקה לייצור מוצרים אחרים, ובכך להגדיל את רווחתה עוד יותר. מכאן, בבואנו לחשב את אובדן הרווחה שנגרם עקב איסור ההפליה והמעבר למחיר אחד, יש להביא בחשבון, נוסף על אובדן הרווחה הישירה, גם את אובדן הרווחה העקיפה.

שנית, איסור הפליית המחירים והמעבר למחיר אחד פוגעים בצרכנים שמידת נכונותם לשלם בעד המוצר עולה על העלות השולית הכרוכה בייצור המוצר אך נמוכה מ- P_M – המחיר האחיד שנקבע. אלמלא הטלת האיסור על הפליית מחירים, היו צרכנים אלה יכולים לרכוש את המוצר, אך בשל האיסור והמעבר למחיר אחד – אשר עולה על מידת נכונותם לשלם – הם מנועים מלעשות כן. איסור ההפליה גרם להדרת אותם צרכנים מהשוק, ומנע מהם את האפשרות להשתתף בחלוקת העוגה.¹³⁸ אי-היכולת של אותם צרכנים לרכוש את המוצר גורמת להם נזק ממוני, שמקורו באובדן הרווחה שנגרם להם עקב אי-היכולת לבצע את העסקה. נוסף על כך, אי-היכולת לרכוש את המוצר גורמת – למצער לחלק מהצרכנים – תחושות שליליות, כגון כעס, תסכול וזעם. מנקודת-המבט של הרווחה המצרפית, גם נזק שמקורו באותן תחושות שליליות נחשב עלות חברתית הפוגעת ברווחה המצרפית, ולכן יש להביאו בחשבון. יוצא שאיסור ההפליה, שנועד למנוע פגיעה ברגשותיהם של קבוצה מסוימת של צרכנים, שנכנה אותה להלן "קבוצת נפגעי ההפליה", יוצר סיכון לגרימת נזק לקבוצה אחרת של צרכנים, שנכנה אותם להלן "קבוצת נפגעי איסור ההפליה" או "נפגעי המחיר האחיד", עקב הדרתם מהשוק.

מן התיאור לעיל עולה כי לצד התועלת החברתית הצפויה מכלל האוסר על הפירמות להנהיג הפליה מדרגה ראשונה בין הצרכנים, קיימת גם עלות חברתית לא-מבוטלת הכרוכה באיסור זה. עלות זו כוללת, בראש ובראשונה, את הפסד הרווחה – הישירה והעקיפה – שמקורו בהפסד עסקות יעילות שיכלו להתבצע אלמלא אותו איסור. כמו-כן, איסור ההפליה והמעבר למחיר אחד גורמים נזק לאותם צרכנים אשר יכלו לרכוש את המוצר בהעדר אותו איסור ואילו כעת אינם יכולים לעשות כן בגלל אותו איסור. השאלה העולה מאלה היא מהי השפעתו הנקייה של איסור ההפליה על הרווחה המצרפית. האם תוספת הרווחה שנובעת מאיסור זה עולה על אובדן הרווחה שנגרם על-ידיה? נראה שקשה ליתן תשובה חד-משמעית לשאלה זו. הסיבה לכך היא שערכו של כל אחד מהמשתתפים בפונקציית ההשפעה הנקייה אינו קבוע, אלא משתנה לפי סוג המוצר, לפי עקומות הביקוש וההיצע של המוצר, לפי רמת התחרותיות בשוק, לפי האופן שבו ההפליה נעשית, ולפי משתנים כלכליים נוספים. כך, למשל, עקומות ההיצע והביקוש עשויות להשפיע על גודלו של הפסד הרווחה הנובע מהפסד עסקות (W_L). כמו-כן, הנזק

138 ראו גם Edwards, לעיל ה"ש 51, בעמ' 587.

שעלול להיגרם עקב ההפליה יכול להשתנות לפי סוג ההפליה: הפליה גלויה המבוססת על משא-ומתן לעומת הפליה סמויה המבוססת על מידע אישי רגיש. גם הנזק שייגרם לצרכנים עקב איסור ההפליה יכול להשתנות לפי סוג המוצר. כך, למשל, אין דינו של נזק שנגרם לצרכנים שנמנעה מהם האפשרות לרכוש תרופה מצילת חיים עקב איסור ההפליה כדין נזק שנגרם עקב אי-יכולת לרכוש מוצר שנחשב מותרות.

הקושי האובייקטיבי לעמוד על טיב ההשפעה שיש להפליית מחירים מדרגה ראשונה (או לאיסור הפליית מחירים) על הרווחה המצרפית מציב קושי גם בפני קובעי המדיניות בבואם לקבוע אמת-מידה מדויקת לתוכנה של ההתערבות המשפטית המיטיבת. אולם הניתוח הכלכלי שנעשה לעיל יכול לספק לנו את הדגשים שראוי לשים אליהם לב בעת קביעת מדיניות משפטית רלוונטית בהתייחס להפליית מחירים מדרגה ראשונה.

המסקנה העיקרית העולה מהניתוח הכלכלי לעיל היא שאין להטיל איסור גורף על הפליית מחירים מדרגה ראשונה. מסקנה זו נתמכת, בין היתר, על שני טיעונים: הטיעון הראשון מתמקד בנזק שנגרם לצרכנים נפגעי ההפליה; ואילו הטיעון השני עניינו בנזק שנגרם לצרכנים נפגעי המחיר האחד.

בכל הנוגע בצרכנים נפגעי ההפליה ניתן לטעון כי בחינה דקדקנית של נסיבותיה האפשריות של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מובילה למסקנה כי הנזק שנגרם לצרכנים אלה – אשר מקורו בתחושות הכעס לנוכח העובדה שכל אחד מהם שילם יותר מצרכנים אחרים – הינו נמוך מכפי שהיה אפשר לשער בתחילה.¹³⁹ **נסיבה אפשרית אחת** של הפליית מחירים מדרגה ראשונה היא כאשר הצרכן סבור כי שיטת ההמחרה של הפירמה הינה הוגנת, וכפועל יוצא מכך גם המחיר שבו הוא רכש את המוצר הוא הוגן. קודם לכן ציינתי שני מצבים שבהם נסיבה זו יכולה להתרחש. מצב אחד הוא כאשר מדובר בהפליה מדרגה ראשונה המבוססת על משא-ומתן. מדובר במצב שבו הפירמה מנהיגה שיטת מכירה מיוחדת – דוגמת (NYOP) Name-Your-Own-Price – שתוצאתה הטבעית היא חיוב כל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם.¹⁴⁰ במצב זה קשה מאוד לומר שצרכן הקונה ביודעין בשיטת מכירה זו יחוש תסכול או כעס על כך שרכש במחיר שונה מזה ששילמו האחרים. מצב אחר שבו הצרכן עשוי לתפוס את שיטת ההמחרה ואת המחיר ששילם כהוגנים הוא כאשר מדובר בהפליה שמקורה בתחרות מונופוליסטית ואשר במסגרתה הפירמה מתייחסת לכל אחד מלקוחותיה באופן יחידני. כפי שהמחקרים מלמדים, חלק מהצרכנים מגלים הבנה רבה יותר (ותחושת תסכול פחותה) כאשר הפירמה מתייחסת אליהם באופן אישי ויחידני, גם אם התוצאה הסופית היא הפליית

139 זה המקום להדגיש כי על-פי הגישה הכלכלית למשפט, העלות החברתית (הנזק) נמדדת על-פי הערכתו הסובייקטיבית של זה שנושא בנזק. לכן גובה הנזק יכול להשתנות מאדם לאדם, אף אם מדובר באותן נסיבות. ראו אריאל פורת "דיני נזיקין" **הגישה הכלכלית למשפט** 271, 275 (אוריאל פרוקצ'יה עורך, 2012). האמור בטקסט מבוסס על הנחות באשר לנזק שעלול להיגרם ל"אדם הממוצע".

140 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 56 ואילך.

מחירים.¹⁴¹ נסיבה אפשרית אחרת של הפליית מחירים מדרגה ראשונה היא כאשר נוצר אצל הצרכן חשש מפני קבלת החלטת קנייה שגויה בשל חוסר מידע או בשל עודף מידע.¹⁴² כאמור, בסיטואציה זו חלק מהצרכנים, לנוכח הרציונליות המוגבלת שלהם, יתפסו את המחיר המוצע על-ידי הפירמה כמחיר "טוב למדי" או "מניח את הדעת", דבר שיש בו כדי להפחית את עוצמת כעסם על הפליית המחירים (אם כעס כזה התעורר בהם בכלל). נסיבה אפשרית של הפליית מחירים מדרגה ראשונה היא כאשר הצרכן מעדיף את המצב הקיים ורוכש במחיר המוצע לו, כדי להימנע מחרטה עתידית (עקב הטיית הסטטוס-קו).¹⁴³ אומנם, ייתכן שהחלטתו של הצרכן אינה רציונלית ואינה משיאה את תועלתו האישית. ברם, במישור התחושות היא דווקא נועדה למנוע אותן תחושות שליליות של כעס, תסכול או חרטה, ולכן נראה כי הנזק הנפשי שנגרם על-ידי החלטה מעין זו הוא נמוך. נסיבה אפשרית רביעית היא כאשר רוב הפירמות מעדיפות להנהיג שיטת המחרה זו במקום להתחרות ביניהן. במצב זה הפליית מחירים מדרגה ראשונה נהפכת לנורמה, דבר שמפחית עד-מאוד את תחושת הכעס.¹⁴⁴

הנה כי כן, בחינת נסיבותיה האפשריות של הפליית המחירים מדרגה ראשונה מלמדת כי עוצמת הנזק שנגרם אינה כה משמעותית כפי שהיה אפשר לשער. על נסיבות אלה יש להוסיף כמה טיעונים שיש בהם כדי להפחית עוד יותר מעוצמת הפגיעה. טיעון ראשון קשור לתיאוריה ידועה מתחום הכלכלה ההתנהגותית, היא תיאוריית הדיסוננס הקוגניטיבי.¹⁴⁵ נקודת המוצא של תיאוריה זו היא שלאחר כל החלטה של הצרכן מתהווה אצלו דיסוננס קוגניטיבי, קרי, הפרעה או אי-נוחות שמקורן בעובדה שלכל חלופה שנבחרה יש גם תכונות שליליות ולכל החלופות שנדחו יש גם תכונות חיוביות (פתאום, אחרי ההחלטה, החלופות שנדחו נראות לצרכן מושכות, ואילו חסרונותיה של החלופה שנבחרה מערערים על צדקת החלטתו). כדי להחזיר את העקביות והיציבות לעולמו הקוגניטיבי הפנימי, הצרכן נוקט כמה דרכי רציונליזציה להצדקת החלטתו. הדיון בכל הדרכים הללו חורג ממסגרת המאמר. לענייננו די לציין כי הצרכן יפעל להאדרת ההחלטה שקיבל, תוך הדגשת יתרונותיה והמעטת חסרונותיה. יישומה של תיאוריה זו לענייננו מוביל לתוצאה שחלק מהצרכנים, לאחר שייוודע להם על ההפליה, ירגישו דיסוננס מסוים, שיתבטא באותה תחושת כעס, אך הדבר ידרבן אותם לנקוט אותן

141 על תפיסת ההגינות בהקשר זה ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 61 ואילך.

142 ראו לעיל את הדיון בחלק ב(א)3.

143 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 76.

144 ראו לעיל את הדיון בחלק ב(ג)3. היהפכותה של שיטת המחרה זו לנורמה יש בה כדי לשנות את מערכת ההעדפות והטעמים של הצרכנים. לענייננו יש בה כדי לשנות את התייחסותם של הצרכנים לשיטת המחרה זו מהתייחסות שלילית, שבמסגרתה הם רואים שיטת המחרה זו כשיטה לא-הגונה, להתייחסות חיובית, שבמסגרתה הם רואים בה שיטת המחרה לגיטימית לכל דבר. על ההסבר התיאורטי לתופעה זו ראו לעיל ה"ש 64.

145 תיאוריית הדיסוננס הקוגניטיבי פותחה על-ידי ליאון פסטינגר, ונמנית עם משפחה שלמה של תיאוריות עקיבות. ראו: LEON FESTINGER, A THEORY OF COGNITIVE DISSONANCE (N.Y.: Row, Peterson & Co. 1957).

דרכי רציונליזציה כדי להצדיק את החלטתם, וכך תפחת עוצמתה של תחושת הכעס, ובעקבות זאת יקטן גם הנזק שנגרם. **שנית**, בהפליית מחירים מדרגה ראשונה, כל הצרכנים – למעט אלה שמידת נכונותם היא הגבוהה ביותר – גם מופלים לרעה, ביחס לצרכנים שמידת נכונותם נמוכה משלהם, וגם מופלים לטובה, ביחס לצרכנים שמידת נכונותם גבוהה יותר. יש להניח כי הפלייתם לטובה מסיבה להם תחושת הנאה שיש בה כדי להפחית מתחושת הכעס הנובעת מהפלייתם לרעה. **שלישית**, ובהמשך ישיר לטיעון הקודם, אם יש תחושות כעס, יש להניח כי הן נוצרות בעיקר אצל צרכנים שמידת נכונותם לשלם בעבור המוצר הינה מעבר לממוצע, ואלה משתייכים על-פי-רוב לקבוצה שמצבה החברתי-הכלכלי הוא טוב. מנקודת-המבט של הרווחה המצרפית, גודל הפגיעה (העלות החברתית) לא נמדד בערכים מוחלטים, אלא בערכים סובייקטיביים.¹⁴⁶ לכן, ולנוכח עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף, יש להניח כי גודל הנזק הסופי הוא קטן, למצער מגודל הנזק שנגרם לצרכנים מעוטי יכולת שחשים תחושה זהה.

לעומת זאת, בכל הנוגע בצרכנים נפגעי המחיר האחיד יש סיבות טובות להניח כי הנזק שנגרם לכל אחד מהם הוא גדול. ראשית, עצם אי-ביצועה של העסקה גורם לצרכן הפסד של רווחה שהייתה נוצרת בידו אילו התבצעה העסקה. לכאורה ניתן לטעון כי במצב של הפליית מחירים מדרגה ראשונה הצרכן משלם בעבור המוצר בדיוק אותו מחיר שהוא היה מוכן לשלם, ועל-כן העודף שנותר בידיו הוא אפס, ומכאן שאי-ביצוע העסקה לא גרם לצרכן הפסד רווחה. אפס, טיעון זה מבוסס על ההנחה שהתועלת שהצרכן מפיק מצריכת המוצר שווה למחיר שהוא היה נכון לשלם בעבורו. ברם, הנחה זו אינה נכונה על-פי-רוב. אומנם, המחיר שהצרכן נכון לשלם בעבור המוצר מושפע מהתועלת שלו, ובוודאי אינו עולה על תועלת זו. אולם יש גורמים נוספים המשפיעים על מחיר זה. בין היתר, המחיר שהצרכן מוכן לשלם מוגבל על-ידי רמת העושר שלו ועל-ידי אילוצים תקציביים אחרים. על-כן ייתכנו מצבים שבהם התועלת שהצרכן מפיק מצריכת המוצר היא גבוהה, אך מפאת אילוצים תקציביים הוא יהיה נכון לשלם מחיר הנמוך מתועלת זו. במצב זה הפסד הרווחה האמיתי אינו שווה למחיר שהצרכן היה נכון לשלם בניכוי מחירו של המוצר, אלא לתועלת שהצרכן היה מפיק מצריכת המוצר בניכוי מחירו.

לשם המחשה נתבונן על הדוגמה הבאה: פירמה מסוימת משווקת תרופה מצילת חיים. לפירמה יש יכולת ונכונות להנהיג שיטת המחירה שבה היא מחייבת כל אחד מהצרכנים לפי מידת יכולתו לשלם (הפליית מחירים מדרגה ראשונה). תחת משטר של איסור הפליה היא תמכור את התרופה ב-100,000 ש"ח. ראובן הוא חולה שזקוק לאותה תרופה, אולם לנוכח מצבו הכספי הוא נכון לרכוש את התרופה רק ב-10,000 ש"ח. תחת משטר של הפליית מחירים מדרגה ראשונה הייתה הפירמה נכונה למכור לו את התרופה במחיר זה, והעסקה הייתה מתבצעת. במצב זה הרווחה שהייתה צומחת לראובן שווה לתועלת שהוא היה מפיק מצריכת התרופה בניכוי 10,000 ש"ח – המחיר שהוא נדרש לשלם. לא יהא זה מופרז להניח כי התועלת שראובן היה מפיק מצריכת התרופה,

146 ראו פורת, לעיל ה"ש 139, בעמ' 275.

המתבטאת בהצלת חייו, שווה הרבה יותר מ-10,000 ש"ח, ומכאן שהרווחה שהייתה נוצרת בידו הייתה גדולה מאוד. איסור הפליית מחירים ומעבר למשטר של מחיר אחיד, שבו הפירמה מוכרת את התרופה ב-100,000 ש"ח, שוללים מראובן את היכולת לרכוש את המוצר, וגורמים לו לאובדן הרווחה שהייתה נוצרת בידו אילו התבצעה העסקה. דוגמה זו מתייחסת אומנם לתרופה מצילת חיים, אך היא ניתנת ליישום כמעט על כל מוצרי הצריכה.

שנית, עצם אי-ביצוע העסקה בשל העובדה שידו של הצרכן אינה משגת עלול לגרום לו תחושות שליליות שונות, כגון תסכול, אכזבה, ואולי אף כעס על מצבו. לא יהא זה מוגזם להניח כי ראובן – אשר לא הצליח לרכוש את התרופה עקב איסור ההפליה והמעבר למשטר אחיד – ירגיש מתוסכל, מאוכזב, ובוודאי כועס. לא יהא זה גם מוגזם להניח כי עוצמת הפגיעה שנגרמה לו גדולה מעוצמת הפגיעה שתיגרם לשמעון אם ירכוש את התרופה אך במחיר גבוה מאחרים (תחת משטר של הפליית מחירים מדרגה ראשונה). על טיעון זה ארחיב בהמשך במסגרת הדיון בערך השוויון, ועל-כן אמנע מחזרה על הדברים כאן.¹⁴⁷ **שלישית, יש להניח כי רוב הצרכנים נפגעי המחיר האחיד יהיו צרכנים מעוטי יכולת.** במצב זה, ולנוכח עקרון התועלת השולית הפוחתת של הכסף, יש להניח כי גודל הנזק הסופי הוא גדול, למצער מגודל הנזק שנגרם לצרכנים רבי יכולת שחשים תחושה זהה.

לנוכח האמור ניכר שיש רגליים לסברה כי הנזק שנגרם לצרכנים נפגעי המחיר האחיד עולה על הנזק שנגרם לצרכנים נפגעי ההפליה. מסקנה זו מתחזקת כאשר מביאים בחשבון את הפסד הרווחה – הישירה והעקיפה – במשטר של מחיר אחיד. אומנם, אין לכחד כי ייתכנו נסיבות – הקשורות למוצר, לשוק ולצרכנים עצמם – שבהן נזקי ההפליה יעלו על נזקי המחיר האחיד, אך אין בכך כדי לשלול את המסקנה שאין להטיל איסור גורף על הפליית מחירים מדרגה ראשונה.¹⁴⁸

(ב) איסור הפליה סמויה

מן הניתוח לעיל עולה שמדיניות משפטית ראויה אינה צריכה להטיל איסור גורף על הפליית מחירים מדרגה ראשונה. במקום זאת יש לנסות למזער את אובדן הרווחה הנובע ממנה. אובדן הרווחה העיקרי מקורו בפגיעה ברגשות השונים של הצרכנים. ודוק, עיון

147 ראו להלן את הדיון אחרי ה"ש 197.

148 אומנם, לכאורה היה אפשר לקבוע נורמה המנוסחת בצורה של "עיקרון", ולא של "כלל", שלפיה יש לאסור הפליית מחירים בנסיבות שבהן ההפליה פוגעת ברווחה המצרפית. ברם, עלויות ההתדיינות הגבוהות הכרוכות בפסיקה בהתאם לנסיבות המקרה – שנובעות מן הקשיים האובייקטיביים שעליהם הצבענו לעיל – כמרגם אי-הוודאות שנורמה זו יוצרת בשווקים מעמידות בספק את יעילותה של נורמה זו. להבחנה בין נורמה מסוג עיקרון לבין נורמה מסוג כלל ראו מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה האזרחית החדשה – לשאלת תורת-המשפט של החקיקה" **משפטים** 321 (1987). לעלויות הכרוכות בפסיקה הנסמכת על נורמה מסוג עיקרון ראו ברק מדינה "הכוונת התנהגות באמצעות דין מרשה – תכליתם של דיני התרופות בנין הפרת חוזה" **עיוני משפט** כב 685, 703 (1999).

מעמיק במחקרים שהצביעו על התייחסותם השלילית של הצרכנים להפליית מחירים מעלה כי חלק גדול מהתייחסות זו מקורו לא בעצם ביצוע ההפליה, אלא באופן שבו היא נעשתה. בפרט, וכפי שיובהר בהמשך, מחקרים אלה הצביעו על כך שחלק משמעותי מכעסם מופנה נגד העובדה שההפליה נעשתה מבלי שהם ידעו עליה ומבלי שהם ידעו על האופן שבו היא נעשתה.¹⁴⁹ על-כן מוצע לקבוע כלל משפטי שיחייב את הפירמות לגלות לצרכנים מידע על-אודות מדיניות ההמחרה שלה.¹⁵⁰ בין היתר היא על הפירמה לגלות לצרכנים אם היא מפלה ביניהם, ואם כן – באיזה אופן ההפליה נעשתה או על איזה מנגנון היא מבוססת.¹⁵¹ כך, למשל, אם ההפליה מבוססת על כריית מידע אישי, על הפירמה לגלות לצרכנים באיזה אופן היא מבצעת את הליך כריית המידע, וכיצד ההפליה נעשתה על-סמך הליך זה.

לכלל גילוי שמחייב את הפירמות לגלות את מדיניות ההמחרה שלהן יש שני יתרונות עיקריים מנקודת-המבט של הרווחה המצרפית. ראשית, הפליית מחירים סמויה, כשלעצמה, יוצרת כשל שוק המכונה "כשל מידע".¹⁵² כשל זה מתרחש כל אימת שאין בידי הצרכנים מלוא המידע העסקתי שדרוש להם לצורך קבלת החלטה יעילה. מחקרים מלמדים כי למרכיב ההפליה בקביעת המחיר יש חשיבות רבה. 84% מהנשאלים במחקר של מכון אנברג ציינו כי לצורך גיבוש החלטת קנייה יעילה חשוב להם לדעת אם הפירמה גובה מאחרים מחיר שונה מזה שהיא גובה מהם.¹⁵³ ודוק, הפליה סמויה מעלימה מעיני הצרכן את מרכיב ההפליה, ועל-כן מקימה חשש שמא החלטת הקנייה שקיבל אינה יעילה. על כך יש להוסיף כי הפליה סמויה מונעת גם קיומה של תחרות משוכללת בין הפירמות, לכל-הפחות בכל הנוגע במרכיב ההמחרה. בהעדר ידיעה של

149 ראו המחקר של מכון אנברג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 31, שממנו עולה כי הצרכנים סבורים שעל הפירמה לגלות להם את דבר קיומה של ההפליה; וכן את האסמכתות בה"ש 156 להלן, שמהן עולה כי גילוי דבר קיומה של ההפליה על-ידי הפירמה משפר את האופן שבו הצרכנים מתייחסים אליה.

150 ייתכן שניתן לקבוע כלל נוסף האוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה המתבססת על כריית מידע אישי רגיש, כגון מידע רפואי, מידע גנטי, השתייכות לאומית וכיוצא בהם. ההנחה הראשונית היא שהפליה מעין זו פוגעת בצרכנים. מצד אחר, נראה כי קביעתו של כלל כזה אינה נקייה מקשיים. ראשית, בכל הנוגע במידע על-אודות השתייכות קבוצתית, מדובר בהפליה מדרגה שלישית, ולא בהפליה מדרגה ראשונה. שנית, לגבי מידע רפואי או דומה לו, ההנחה היא שההפליה פועלת דווקא לטובתם של המופלים, אשר נמצאים בעמדת נחיתות יחסית ומידת נכונותם לשלם נמוכה, ומכאן שההפליה אינה גורמת להם נזק כלשהו.

151 לפעמים גילוי זה יכול להיעשות בדרך של התנהגות. כך, למשל, ברור מאליו שהפליית מחירים המתבססת על תהליך משא-ומתן, להבדיל מכריית מידע, הינה הפליה גלויה, ולא סמויה.

152 על כשל זה ראו: Kenneth J. Arrow, *Limited Knowledge and Economic Analysis*, 64 AM. ECON. REV. 1, 3-5 (1974); Herbert A. Simon, *Theories of Decision-Making in Economics and Behavioral Science*, 49 AM. ECON. REV. 253, 253-255, 272 (1959).

153 ראו המחקר של מכון אנברג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 22. המחקר התייחס למדיניות ההמחרה של אתרי האינטרנט, ובמסגרתו 84% ענו בחיוב על ההצהרה הבאה: Websites should be required to let customers know if they charge different people different prices for the same products during the same hour.

הצרכנים על-אודות ההפליה, הפירמות עלולות להמשיך להפלות ללא חשש מפני תגובה נזעמת של הצרכנים. לא זו אף זו, יכולתה של פירמה פלונית להסתיר את עצם קיום ההפליה יוצרת תמריץ אצל יתר הפירמות לנהוג כמוה. הטעם לכך הוא שנקיטת המחרה אחידה אינה מתגמלת את הפירמה, ועל-כן כדאי לה לעבור להמחרה מפלה, אשר הרווח הכולל שצפוי ממנה גדול יותר.¹⁵⁴ התרופה הקלסית והטבעית לכשל מידע היא כלל הגילוי, שיחייב את הפירמות לגלות לצרכנים כל מידע מהותי ורלוונטי על-אודות מדיניות ההמחרה שלהן.¹⁵⁵ קו הטיעון הוא שגילוי מדיניות ההמחרה יאפשר לצרכנים לקבל החלטות יעילות יותר, שישקפו את העדפותיהם האמיתיות: צרכנים שמתייחסים להפליית מחירים באופן שלילי, ותופסים אותה כלא-הגונה, ינטשו את הפירמות המפלות לטובת פירמות שאינן מפלות, ובכך תוגבר התחרות בין הפירמות בכל הנוגע בהיבט זה של העסקה. כלל הגילוי מבטיח כי הפליית המחירים תשרוד בשוק כאשר היא נתפסת כהגונה על-ידי הצרכנים, ולא כאשר הצרכנים אינם מודעים כלל לקיומה. מטבע הדברים, כאשר הצרכנים נוטשים את הפירמה לטובת פירמות אחרות, שאינן מפלות, הם מונעים מעצמם את הנזק הכרוך בביצוע ההפליה. יתר על כן, חששן של הפירמות מפני מעבר של לקוחות לפירמות מתחרות ידרבן אותן להפנים את ההשפעה החיצונית השלילית שיש להפליה זו על הצרכנים, וימנע אותן מלהחזין את העלות הכרוכה בביצוע ההפליה. שנית, עצם הגילוי על-אודות מדיניות ההמחרה מפחית את הנזק שנגרם לצרכנים המופלים. הסיבה לכך היא שגילוי ההפליה הופך אותה לפרקטיקה הגונה יותר, ומפחית את ההשפעה השלילית שיש לה על הצרכנים. מחקרים מלמדים כי הפליה גלויה נתפסת בעיני הצרכנים כהגונה יותר מאשר הפליה סמויה. קיים מתאם שלילי בין רמת הגינותה של ההפליה, כפי שהיא נתפסת בעיני הצרכנים, לבין עוצמת הפגיעה שהם חשים בעטייה. ככל שההפליה נתפסת בעיני הצרכנים כהגונה יותר כן עוצמת פגיעתה הולכת ופוחתת. מכאן שגילוי דבר קיומה של ההפליה מפחית את הנזק שהיא גורמת לצרכנים, ובכך הגילוי תורם לרווחה המצרפית.¹⁵⁶

154 להרחבה על תופעה זו ראו Akerlof, לעיל ה"ש 74, בעמ' 493.

155 על חשיבותה של תרופת הגילוי ראו דויטש דיני הגנת הצרכן כרך א, לעיל ה"ש 10, בעמ' 151.

156 ראו: Sarah Spiekermann, *Individual Price Discrimination – An Impossibility?*, in PROCEEDINGS OF THE CHI2006 WORKSHOP ON PRIVACY – ENHANCED PERSONALIZATION 47, 52 (Alfred Kobsa, Ramnath K. Chellappa & Sarah Spiekermann eds., 2006) available at www.crito.uci.edu/papers/2006/PEP2006.pdf#page=47: "Giving customers general information about how and why there are price differences is a way to raise fairness perception while leaving them in the dark is dangerous. A potentially important and little researched lever for fairness perception could be reference group signaling. Giving customers an idea of why they are different and are therefore charged [differently]" לגורמים נוספים שמשפיעים על תפיסת ההגינות של המחיר בעיני הצרכנים ראו Turow, לעיל ה"ש 35, בעמ' 192; Margaret C. Campbell, *Perceptions of Price Unfairness: Antecedents and Consequences*, 36 J. MARKETING RES. 187 (1999).

פרק ה: הפליית מחירים מדרגה ראשונה וערך השוויון

1. הערות מקדמיות – על נוסחת הקשר שבין הפליית מחירים מדרגה ראשונה לבין ערך השוויון המשפטי

בפרק המבוא ציינתי כי המוקד המרכזי של המאמר הוא ערך הרווחה המצרפית. הדיון בהפליית מחירים מדרגה ראשונה מבעד לערך זה הוביל למסקנה כי אין להטיל איסור על הפליית מחירים מדרגה ראשונה, בכפוף לכך שהיא תיעשה בצורה גלויה. אולם התמקדות בערך הרווחה המצרפית לבחינת פרקטיקה של הפליה עלולה לעורר ביקורת מצד ערכים אחרים, ובראשם ערך השוויון, אשר הפליה היא הקוטב המנוגד לו לכאורה. בפרק המבוא ציינתי את הסיבות המצדיקות התמודדות עם ביקורת זו, ועל-כן אמנע מחזרה על הדברים, ואגש מייד אל המלאכה גופה.

בחינת הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך השוויון צריכה להיעשות במסגרת תפיסה תיאורטית מסוימת כלשהי ביחס לערך זה. ודוק, התפרשותו של השוויון על כל תחומי החיים עוררה דיון רחב ומקיף בערך זה, שכלל מגוון של דיסציפלינות מדעיות שונות: פילוסופיה, מדעי המדינה, המוסר, מתמטיקה, כלכלה, שיווק ועוד. דבר זה הקשה גיבוש תפיסה אחת כוללת שלו.¹⁵⁷ לענייננו חשוב להדגיש כי קיים שוני בין "שוויון כלכלי" ו"הפליה כלכלית" לבין "שוויון משפטי" ו"הפליה משפטית". גם במסגרת הדיסציפלינה המשפטית קיימות תפיסות שונות ביחס לערך השוויון, הנבדלות זו מזו הן במשמעותו של מונח זה, הן במטרות המונחות ביסודו, הן במשקלו והן ביחס שבינו לבין ערכים אחרים.¹⁵⁸ הסיבה העיקרית לכך היא ששאלת השוויון התעוררה בתחומים שונים – חוקתי, מנהלי, עבודה, בריאות, חינוך, צרכנות ועוד – ולכל תחום יש המאפיינים המיוחדים שלו והשיקולים הערכיים הייחודיים לו. שוני זה הוליד תפיסות שונות של שוויון במסגרת כל אחד מתחומים אלה.

מטבע הדברים, הדיון בהפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך השוויון צריך להיעשות מבעד לתפיסת ערך זה כפי שהתגבשה בתחום הצרכני. ודוק, איני נדרש לדון בכל התפיסות השונות של השוויון, ובמסקנות העולות מהן בכל הנוגע בהפליית מחירים מדרגה ראשונה, אלא להתמקד אך בתפיסתו של בית-המשפט העליון לערך זה.

בחירה זו מקורה בהנחה שתפיסתו של בית-המשפט העליון ביחס לערך השוויון

157 ראו: Mihailo Marcović, *The Relationship Between Equality and Local Autonomy*, in EQUALITY AND SOCIAL POLICY 82 (Walter Feinberg ed., 1978); Louis Pojman, *Theories of Equality: A Critical Analysis*, 23(2) BEHAV. & PHIL. 1 (1995); Joseph Raz, *Principles of Equality*, 87 MIND 321 (1978); Peter Westen, *The Concept of Equal Opportunity*, 95 ETHICS 837 (1985).

158 ראו יצחק זמיר ומשה סובל "השוויון בפני החוק" *משפט וממשל* 165 (2000).

משקפת את הקונסנזוס של החברה בישראל לזמן הזה, דבר שהופך אותה לתפיסה המתאימה ביותר למטרה המונחת ביסוד הדיון בערך זה.¹⁵⁹ מאליה עולה השאלה אם מפסיקתו של בית-המשפט העליון ניתן ללמוד על תפיסה מגובשת באשר לערך השוויון הצרכני.¹⁶⁰

זה המקום להדגיש כי חדירת ערך השוויון לתחום הצרכני הינה חדשה יחסית, ומהווה חלק ממגמה כוללת של חדירת ערך השוויון למשפט הפרטי במגוון של תחומים.¹⁶¹ כאמור, גישת הזכויות של הצרכנים, שהיוותה מצע תיאורטי לעיצובם ולהתפתחותם של דיני הצרכנות, לא כללה את זכות השוויון כאחת מזכויות-היסוד של הצרכנים.¹⁶² חדירה ראשונה ומפורשת של ערך השוויון לתחום הצרכני נעשתה עם חקיקתו של חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים. חקיקתו של חוק זה החלה לעורר דיון בספרות ובפסיקה באשר למהותו התורתית של ערך השוויון הצרכני, ובכלל זה בהגדרתו, במשקלו, במטרתו וביחס בינו לבין ערכים אחרים.¹⁶³ לאחרונה, בעניין פרוו'אנסקי, נקרתה הזדמנות לפני בית-המשפט העליון לדון בתפיסה התיאורטית של ערך השוויון הצרכני כפי שהיא עולה מחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, ובכלל.¹⁶⁴ באופן לא-מפתיע, גם בפסק-דין זה התגלתה מחלוקת בין שניים משופטי ההרכב, השופט ג'ובראן והשופט דנציגר, אשר כל אחד מהם מחזיק בתפיסה שונה ביחס לשוויון הצרכני.

לפי גישתו של השופט ג'ובראן, שאכנה אותה "הגישה המרחיבה", אין פער בין תפיסת השוויון החוקתי (השוויון הכללי), אשר התגבשה בבית-המשפט העליון בעיקר על רקע הדיונים בחוקתיותם של חוקים שנטען כי הם פוגעים בעקרון השוויון, לבין תפיסת השוויון הצרכני, כפי שהיא עולה מחוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים. על-פי תפיסה זו, חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים מייצר מסגרת משפטית המשקפת את האופן שבו החליטו המחוקקים כיצד ראוי להתמודד עם פגיעה חוקתית בהקשר הצרכני, כלומר, השוויון הצרכני אינו אלא יישום של השוויון החוקתי בהקשר נתון. כלשונו של השופט ג'ובראן: "יחודו של חוק איסור הפליה, אם כן, אינו ביצירת מושג חדש של שוויון החורג מתפישת השוויון הכללית החלה במשפט החוקתי. יחודו הינו בעיצוב הכלים האופרטיביים העומדים לרשותו של נפגע הפליה בבקשו סעד מבית

159 על האובייקטיביות השיפוטית, ועל כך שהחלטותיו של השופט אמורות לשקף את הקונסנזוס החברתי בזמן נתון, ראו אהרן ברק **פרשנות במשפט** כרך שלישי: פרשנות חוקתית 232 (1994) (להלן: ברק **פרשנות חוקתית**).

160 יש להדגיש כי הכוונה היא לתפיסה התיאורטית של ערך השוויון הצרכני כפי שהתגבשה בבית-המשפט העליון, ולא דווקא לאופן שבו תפיסה תורתית זו יושמה על-ידיו.

161 על חדירת עקרון השוויון לתחום הפרטי ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 98.

162 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 100–101.

163 ראו כהן-אליה, לעיל ה"ש 104; מדינה, לעיל ה"ש 148, בעמ' 703; חנוך דגן "זכות הכניסה" **מחקרי משפט** כד 59 (2008).

164 ראו פרשת פרוו'אנסקי, לעיל ה"ש 105.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

המשפט. 165 על-פי תפיסה זו, לערך השוויון יש משקל בכורה בתחום הצרכני, ואין לראות בו אך חריג המסייג את זכותן של הפירמות לחירות ולשרירות בעלים, ובכלל זה לחירות להפלות.

לעומת זאת, לפי גישתו של השופט דנציגר, שאכנה אותה "הגישה הצרה", קיים שוני בין השוויון הצרכני לבין השוויון החוקתי. שוני זה מתחייב מן השוני המהותי בין שני התחומים – התחום הצרכני והתחום החוקתי. התחום הצרכני ממוקם כל-כולו בתחום הפרטי, ועוסק במישור היחסים שבין הפירמות לבין הצרכנים. לעומת זאת, התחום החוקתי עוסק במישור היחסים שבין הפרט לבין השלטון. מכאן שטיב השיקולים שיש להביא בחשבון בעת קביעת היקפו של כל אחד מסוגי השוויון הוא שונה. חובתן של רשויות השלטון לנהוג בשוויון במסגרת פעילותן השלטונית שונה מחובתם של גורמים עסקיים פרטיים לנהוג שוויון בין הצרכנים. בעוד בעיצוב השוויון החוקתי ההתמקדות היא בכבודו של המופלה ובהגנה עליו מפני התחושות השליליות הנגרמות לו בגין ההפליה, בשוויון הצרכני ההתמקדות היא בחירותן של הפירמות לנהל את עסקיהן כראוי, ועקרון השוויון הוא החריג לחירות זו. מכאן, בחינת מעמדה הנורמטיבי של הפליית מחירים מדרגה ראשונה צריכה להיעשות מנקודת-המבט של ערך השוויון הצרכני, ולא ערך השוויון החוקתי.¹⁶⁶

המחלוקת האמורה מעוררת שאלות כבדות-משקל באשר לפער – אם קיים כזה – בין תפיסת השוויון החוקתי לבין תפיסת השוויון בתחום הצרכני, באשר למעמדו של עקרון השוויון בתחום הצרכני, ובאשר ליחס בינו לבין חירותן של הפירמות לנהל את עסקיהן כראות עיניהן, לרבות חירותן להפלות. ברם, דיון במחלוקת זו חורג ממסגרת המאמר, במיוחד לנוכח המסקנה שאליה נגיע בסוף הדיון. אסביר. עיון מעמיק במחלוקת לעיל מעלה שעיקר המחלוקת אינה על היקפו הפנימי של ערך השוויון הצרכני, אלא על היקפו החיצוני.¹⁶⁷ ההיקף הפנימי של השוויון הצרכני נקבע על-ידי ההגדרה שלו ועל-ידי המטרות המונחות ביסודו. מעיון בפסק-הדין עולה כי בכל הנוגע בהגדרה, שני השופטים מאמצים את ההגדרה המהותית של הזכות לשוויון המושרשת בפסיקה, שלפיה שוויון הוא התייחסות שווה לשווים והתייחסות שונה לשונים (כאשר השוני רלוונטי בנסיבות העניין).¹⁶⁸ לפי גישה זו, ובניגוד לגישת השוויון הפורמלי, לא כל התייחסות שונה לצרכנים נחשבת הפליה, אלא צריך שיתקיים תנאי נוסף, והוא שההתייחסות השונה לא נעשתה מטעמים רלוונטיים. התייחסות שונה שנעשתה מטעמים רלוונטיים, המצדיקים את השוני בהתייחסות, אינה נחשבת הפליה. מכאן שהתנהגות נתונה נחשבת הפליה בהתקיים שני תנאים: (1) קיימת הבחנה, קרי, התייחסות לא-זהה; (2) ההבחנה אינה

165 שם, בעמ' 33.

166 שם, פס' 36 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

167 על ההבחנה בין היקפה הפנימי של הזכות לבין היקפה החיצוני ראו ברק פרשנות חוקתית, לעיל ה"ש 159, בעמ' 371.

168 ראו בג"ץ 4541/94 מילר נ' שר הביטחון, פ"ד מט(4) 94 (1995); בג"ץ 10026/01 עדאלה, המרכז המשפטי לזכויות המיעוט הערבי נ' ראש ממשלת ישראל, פ"ד נז(3) 31, 40 (2003).

רלוונטיות – תנאי המתקיים כאשר אין בנמצא טעמים רלוונטיים המצדיקים את השוני בהתייחסות. בפסק־הדין אין גם מחלוקת על כך שההלכה המקובלת היא ששאלת הרלוונטיות נבחנת על רקע התכלית המונחת ביסודו של ההסדר החקיקתי: הבחנה נחשבת רלוונטית אם היא מתיישבת עם המטרה המונחת ביסודו של אותו הסדר ומקדמת אותה. בין השופטים גם אין מחלוקת על המטרה המונחת ביסוד החתירה לשוויון צרכני על-ידי איסור ההפליה, והיא להגן על כבודם של הצרכנים ולמנוע מהם את התוצאות השליליות של ההפליה.¹⁶⁹ על מטרתו של איסור ההפליה במגזר הצרכני ניתן ללמוד מדברי המבוא להצעת חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים:

”בסירוב לאפשר לאדם כניסה למקום ציבורי או לספק לו שירות או מוצר, רק בשל השתייכותו לקבוצה, ובמיוחד קבוצה שיש לגביה היסטוריה של הפליה בעבר, יש משום פגיעה קשה בכבודו של האדם.”¹⁷⁰

מדברים אלה עולה שקיימת הסכמה לגבי היקפו הפנימי של ערך השוויון הצרכני, שלפיה ערך זה אוסר התייחסות שונה לצרכנים הפוגעת בכבודם. המחלוקת העיקרית ביניהם נוגעת בהיקפו החיצוני של ערך השוויון הצרכני, שעניינו היקף ההגנה שהדין צריך לתת למלוא היקפו הפנימי של ערך השוויון. שאלת היקפו החיצוני של ערך השוויון נקבעת על-סמך איזונו עם ערכים חיצוניים, ובפרט עם חירותן של הפירמות לנהל את עסקיהן כראות עיניהן, לרבות החירות שלהן להפלות. איזון זה מחייב, מעבר לאיתור הערכים הרלוונטיים, קביעת משקלו היחסי של כל אחד מהם. בעניין זה התגלתה עיקר המחלוקת בין השופטים. מחלוקת זו באה לידי ביטוי בדבריו של השופט דנציגר שלפיהם “נקודה נוספת המעוררת טעמי קושי בחוות דעתו של חברי היא הקביעה העולה ממנה לפיה עקרון השוויון ועקרון החירות הם בעלי אותו מדרג בספירה הפרטית וכי יש לאזנם במקום בו הם מתנגשים ‘לאור תפישה מורכבת של קניין מחד ושל אחריות המדינה לאופן פעולת הספירה האזרחית מאידך’. לגישתי, אשר באה לידי ביטוי בחוות דעתי, עקרון המוצא, עליו מושתת המשפט הפרטי, הינו עקרון החירות... כלל של חירות הוא בעל מעמד בכורה, ואילו השוויון הוא חריג לר”.¹⁷¹

כאמור, מוקד המאמר הוא ערך הרווחה המצרפית. ההיזקקות לערך השוויון נועדה לרכך את ההתנגדות למסקנת המאמר התומכת בקיומה של הפליה זו, בכפוף לכך שהיא תיעשה בצורה גלויה. בחינה זו אמורה להיערך אל מול היקפו הפנימי של ערך השוויון,

169 יפים לעניין זה דבריו של השופט דנציגר בפרשת **פרוץ'אנסקי**, לעיל ה"ש 105, בפס' 24 לפסק-דינו: “ברי כי אותן תוצאות של הפליה על בסיס שיוך לקבוצה זו או אחרת, תחושת ההדרה והפגיעה בזהות העצמית, פוגעות פגיעה קשה בכבודו של אדם. ההשפלה והפגיעה באוטונומיה היא התוצאה המסתברת הרגילה של הפליה מהסוג בו עסקינן... פגיעות מסוג זה אינן מתיישבות עם ערכי היסוד של מדינת ישראל כמדינה דמוקרטית ואותן התכוון המחוקק למגר, בין היתר, באמצעות חוק איסור הפליה מושא עניינו.”

170 הצעת חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות ציבוריים, התש"ס-2000, ה"ח 370. 171 ראו עניין **פרוץ'אנסקי**, לעיל ה"ש 105, פס' 36 לפסק-דינו של השופט דנציגר.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

הנקבע על-ידי משמעותו ועל-ידי המטרות המונחות ביסודו, ולא אל מול היקפו החיצוני, שנקבע על-ידי איזונו עם ערכים אחרים. הבדיקה אל מול היקפו החיצוני של ערך השוויון מתייגת גם לנוכח המסקנה, שאליה נגיע מייד, שלפיה הפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה פוגעת בהיקפו הפנימי של ערך השוויון.

יישום של תפיסת ערך השוויון (הפנימי) בפסיקת בית-המשפט העליון על הסוגיה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מוביל למסקנה הבאה: כדי לקבוע כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה פוגעת בערך השוויון הצרכני, צריכים להתקיים שני תנאים: (1) קיימת הבחנה, קרי, התייחסות לא־זהה; (2) ההבחנה אינה רלוונטית, קרי, פוגעת בכבודם של הצרכנים.

מאליה עולה השאלה מהם גבולות פרישתו של המונח "כבוד האדם". לעניין זה אימץ בית-המשפט העליון מודל-ביניים שלפיו בכבוד האדם כלולים כל אותם היבטים הקשורים לכבוד האדם בקשר הדוק, כגון קדושת החיים, האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וכיוצא באלה היבטים, גם אם אין בהם השפלה.¹⁷² מודל זה קובע למעשה את מערכת היחסים המורכבת בין ערך השוויון, ובכלל זה ערך השוויון הצרכני, לבין כבוד האדם. מכל מקום, יישומו של מבחן זה לענייננו מוביל לנוסחה הבאה בין הפליית מחירים מדרגה ראשונה לבין ערך השוויון המשפטי: הפליית מחירים מדרגה ראשונה פוגעת בערך השוויון המשפטי כאשר היא טומנת בחובה הבחנה – קרי, התייחסות שונה לצרכנים שונים – הפוגעת בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם, אף אם היא אינה גורמת להשפלה. כשבאמתחתנו נוסחה זו, נעבור כעת לבחון אם הפליית מחירים מדרגה ראשונה פוגעת בערך השוויון.

2. הפליית מחירים מדרגה ראשונה – יסוד ההבחנה

בהפליית מחירים מדרגה ראשונה הפירמה מחייבת כל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם. היא קובעת קריטריון אחיד וזהה לאופן שבו ייקבע המחיר לכל אחד מהצרכנים. ניתן לטעון אם כן שהפירמה אינה עורכת שום הבחנה בין הצרכנים. נהפוך הוא, היא מתייחסת אליהם בצורה אחידה, בכך שהיא מחייבת כל אחד מהם לפי מידת נכונותו לשלם. טיעון זה מתמקד בהתנהגותה של הפירמה וביחס שהיא מפגינה כלפי הצרכנים, ולא בתוצאתה של התנהגות זו. אולם ניתן לטעון כי התוצאה של הנהגת שיטת המחירה זו היא מפלה, שכן בסופו של יום הפירמה גובה מכל אחד מהצרכנים מחיר שונה. על-פי

172 מודל זה דוחה למעשה את שני המודלים האחרים שהוצעו לבחינת כבוד האדם והיחס בינו לבין השוויון. המודל האחד הוא המודל הצר, המתרכז בגרעין של כבוד האדם, שעניינו פגיעות נפשיות או השפלה והשמצה. את הגישה הזו נקטה השופטת דורנר בפרשת מילר, לעיל ה"ש 168, בעמ' 132–133. על-פי מודל זה, רק הפליה שגורמת השפלה עולה כדי פגיעה בכבוד ובזכות השוויון המשפטית. המודל האחר הוא המודל הרחב, שלפיו כבוד האדם מונח ביסודן של כל זכויות האדם. על-פי מודל זה, כל פגיעה בשוויון המהותי תיחשב פגיעה בכבוד האדם ובזכות השוויון המשפטית. ראו בג"ץ 6427/02 התנועה לאיכות השלטון בישראל נ' הכנסת, פ"ד סא(1) 619 (2006) (להלן: עניין בחורי הישיבות); בג"ץ 8300/02 נסר נ' ממשלת ישראל (פורסם בנוב, 22.5.2012).

טיעון זה, מושא הבדיקה לגבי ההבחנה אינו קריטריון ההמחרה, אלא התוצאה הסופית של שיטה זו. אכן, בפסיקה המבחן המקובל לבחינת קיומה של הפליה הוא מבחן התוצאה, שבמסגרתו נבחנת שאלת התוצאה הסופית שנוצרת עקב הפרקטיקה הנידונה.¹⁷³

3. הפליית מחירים מדרגה ראשונה – יסוד הפגיעה בכבוד האדם

על-פי התנאי השני, הפליית מחירים מדרגה ראשונה פוגעת בערך השוויון רק אם היא פוגעת בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם. זוהי תמצית הקשר בין השוויון לבין הכבוד על-פי תפיסת השוויון כפי שהיא משתקפת בבית-המשפט העליון. הנשיא ברק, שהתווה במידה רבה קשר זה, אף פירט – הן בפסיקותיו והן בכתביו – חלק מאותם היבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם. מפאת חשיבותם להמשך הניתוח, נביא את דבריו בהקשר זה במלואם:

“הזכות לכבוד האדם מהווה אגד של זכויות ששמירתן נדרשת כדי לקיים את הכבוד... ביסוד כבוד האדם עומדים האוטונומיה של הרצון הפרטי, חופש הבחירה וחופש הפעולה של האדם כיצור חופשי. כבוד האדם נשען על ההכרה בשלמותו הפיזית והרוחנית של האדם, באנושיותו, בערכו כאדם...”¹⁷⁴

יישומם של דברים אלה על הפליית מחירים מדרגה ראשונה מעלה כי התנאי השני אינו מתקיים בענייננו. כפי שהמחקר של מכון אנברג מלמד, הפליית מחירים מדרגה ראשונה גורמת לצרכנים תחושות של כעס, עצבנות ואי-נוחות.¹⁷⁵ מתיאור זה עולה כי הפליה מדרגה ראשונה אינה גורמת להשפלה של הצרכנים המופלים.¹⁷⁶ ובכלל, קשה

173 למבחן התוצאה ראו בג"ץ 11163/03 ועדת המעקב העליונה לענייני הערבים בישראל נ' ראש ממשלת ישראל, פס' 18 לפסק-דינו של הנשיא ברק (פורסם בנבו, 27.2.2006): “המבחן לקיומה של אפליה הוא מבחן אובייקטיבי המתמקד בתוצאה של מימוש הנורמה העומדת לביקורת. הוא אינו מוגבל למחשבתו הסובייקטיבית של יוצר הנורמה. השאלה אינה אם קיימת כוונה להפלות קבוצה זו או אחרת. השאלה הינה מהי התוצאה הסופית הנוצרת במציאות החברתית.”

174 ראו עניין בחורי הישיבות, לעיל ה"ש 172, פס' 35 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

175 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 132.

176 מטבע הדברים, מידת הפגיעה שנגרמת לצרכנים כתוצאה מההבחנה ביניהם אינה קבועה, אלא משתנה בהתאם לפרמטרים שונים, כגון טיב הפליה (הפליה סמויה/גלויה), טיב היחסים בין הצדדים (צרכן שחופשי לעזוב את הפירמה לעומת צרכן “נעול”) והמנגנון שהפליה מבוססת עליו (משא-ומתן / כריית מידע). ברי, לדוגמה, שעוצמת הפגיעה של הפליה המבוססת על משא-ומתן קטנה מעוצמת הפגיעה של הפליה המבוססת על כריית מידע. ודוק, גם כאשר עסקינן בהפליה המבוססת על כריית מידע, קיים עדיין שוני בעוצמת פגיעתה בהתאם ל“רגישותו” של המידע. כך, עוצמת פגיעתה של הפליה המבוססת על מידע “רגיש” על-אודות הצרכן, כגון לאום, דת, גזע או מין,

לומר כי צרכן ששילם בדיוק לפי מידת נכונותו ירגיש פגוע ומושפל רק בשל כך שצרכן אחר, אשר מידת נכונותו לשלם נמוכה יותר, שילם פחות ממנו.¹⁷⁷ זאת ועוד, קודם לכן הצבעתי בהרחבה על הנסיבות האפשריות השונות של הפליית מחירים מדרגה ראשונה. כך, למשל, ייתכן שהפליה זו נעשית בשיטת מכירה NYOP, שבה הצרכן הוא שנוקב את המחיר שבו הוא מוכן לקנות את המוצר; ייתכן שהצרכן סבור כי המחיר המוצע לו הוא "טוב למדי" או "מניח את הדעת"; ייתכן שהצרכן מעדיף לרכוש במחיר שהפירמה מציעה במקום לחפש חלופות נוספות; וייתכן שהפירמות בוחרות יחדיו להנהיג שיטה זו של הפליה מדרגה ראשונה.¹⁷⁸ בכל אותם מקרים קשה מאוד לומר שהפליית מחירים מדרגה ראשונה פגעה ביכולת הבחירה החופשית של הצרכנים, ביכולתם לנהל את חייהם או ביכולתם לפעול באופן אוטונומי ולפתח את אישיותם.¹⁷⁹

את האמור לעיל יש לסייג בכל הנוגע בהפליה סמויה. ראשית, כאמור, הפליה סמויה מעצימה את תחושת הפגיעה, ועלולה אף לגרום להשפלה.¹⁸⁰ שנית, וחשוב מכך, הפליה סמויה פוגעת בבחירה החופשית של הצרכנים ובאוטונומיה שלהם. כדי שכל אחד מהצרכנים יוכל לקיים בחירה חופשית בין חלופות שונות, ובכך לממש את האוטונומיה שלו, הוא צריך להיות מצויד בכל המידע הרלוונטי הדרוש לו לשם כך. קודם לכן הצבעתי על כך שבמחקר של מכון אנברג ציינו 84% מהנשאלים כי לצורך גיבוש החלטת קנייה חשוב להם לדעת אם הפירמה גובה מאחריים מחיר שונה מזה שהיא גובה מהם.¹⁸¹ יוצא אפוא שמרכיב ההפליה במחיר הוא מרכיב חשוב לשם קבלת החלטה המשקפת את העדפותיהם האמיתיות של הצרכנים. מכאן שהסתרת עובדת ההפליה פוגעת ביכולתם של הצרכנים לקבל החלטה חופשית ורצונית המשקפת את העדפותיהם. בכך יש משום פגיעה באוטונומיה העולה כדי פגיעה בכבוד, ועל-כן יש לאסור הפליה סמויה.¹⁸²

גבוהה מעוצמת פגיעתה של הפליה המבוססת על מידע "רגיש פחות", כגון היסטוריית הקניות של הצרכן. מכל מקום, תהא עוצמת הפגיעה אשר תהא, לא נראה שהיא מגיעה כדי פגיעה בכבוד.

177 בהפליית מחירים מדרגה שלישית ההבחנה נעשית על בסיס השתייכות קבוצתית, ועל-כן קיים בה פוטנציאל גדול יותר לגרימת השפלה ולפגיעה בכבודו של האדם. אומנם, גם בהפליית מחירים מדרגה ראשונה ייתכן שניתן להפלות על בסיס מידע אישי הנוגע בהשתייכות קבוצתית. אולם במקרה זה יש להניח שקיים מתאם סטטיסטי בין ההשתייכות הקבוצתית לבין מידת הנכונות לשלם, דבר שמפחית את עוצמת הפגיעה.

178 להרחבה ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 139–144. ייתכנו מקרים שבהם הבחירה במחיר המפלה קרתה בנסיבות שבהן אין לצרכן יכולת בחירה חופשית, ולמעשה ההפליה הינה התוצאה של העדר יכולת הבחירה החופשית, ולא הסיבה לה. במצבים כאלה יש לטפל לא בהפליה עצמה, אלא בסיבות שגרמו להעדר יכולת הבחירה החופשית.

179 בהפליית מחירים מדרגה שלישית יש פוטנציאל לפגיעה באוטונומיה, מאחר שהפירמה אינה בוחרת את נתוניו האישיים של הצרכן, אלא כופה עליו מחיר רק בשל השתייכותו לקבוצה מסוימת, מבלי שהייתה לו יכולת לבחור.

180 ראו לעיל ה"ש 149, שממנה עולה כי הפליה סמויה מעצימה את תחושת הפגיעה בצרכנים.

181 ראו לעיל ה"ש 153.

182 למסקנה דומה ראו המחקר של מכון אנברג, לעיל ה"ש 27, בעמ' 31. יש להדגיש כי המסקנה שיש

אם כך, ניתן לסכם ולומר כי הפליית מחירים גלויה מדרגה ראשונה אינה פוגעת בערך השוויון הצרכני כפי שהוא משתקף בתפיסתו של בית-המשפט העליון. זאת, משום שהפליה זו אינה גורמת להשפלה, שכן היא אינה פוגעת בהיבטים כלשהם הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם. הפליה זו פוגעת בהיבטים שזיקתם לכבוד האדם רופפת, אם בכלל. המסקנה מכך היא שאין להטיל איסור על הפליה זו. הפליה סמויה, לעומת זאת, יש לאסור, בעיקר בשל העובדה שהיא פוגעת באוטונומיה של הצרכנים לקבל החלטות המתיישבות עם העדפותיהם האמיתיות.

4. ביקורת אפשרית מנקודת-המבט של ערך השוויון

נגד המסקנה לעיל, שלפיה הפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה פוגעת בערך השוויון ועל-כן אין להטיל עליה איסור, ניתן להעלות שתי ביקורות, כמפורט להלן.

(א) הפליית מחירים מדרגה ראשונה אכן פוגעת בכבוד האדם

ביקורת אחת מופנית נגד הטענה שהפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה פוגעת בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם. קו הטיעון הוא שהטענה בדבר העדר פגיעה מבוססת על מחקרים אמפיריים שניתן להטיל ספק בדבר תקפותם, ואף אינה עולה בקנה אחד עם התגובות הנזעמות על הפליה זו, כפי שהתעוררו במקרה של אמזון. אישוש לטיעון זה ניתן למצוא גם בגילויי הזעם במהלך המחאה החברתית של קיץ 2011 כלפי חברות שונות שנמצא לגביהן כי הן מפלות.¹⁸³ מכאן, על-פי ביקורת זו, ייתכנו בהחלט מקרים שבהם הפליית מחירים מדרגה ראשונה אכן תפגע בכבודם של הצרכנים, ועל-כן יש לאסור אותה.

נגד ביקורת זו אפשר להעלות טיעונים בשני מישורים. המישור האחד הוא המישור העובדתי. לדעתי, כפי שציינתי קודם, הן גילויי הזעם שהיו במקרה של אמזון והן התחושות שעלו במחקר האמפירי אינם מבטאים פגיעה בכבודו של אדם, למצער על-פי משמעותו של מונח זה במודל-הביניים שאומץ כאמור על-ידי בית-המשפט העליון.¹⁸⁴ המישור האחר הוא המישור הנורמטיבי. הטענה במישור זה היא שגם אם נניח כי יש מקרים שבהם הפליית מחירים מדרגה ראשונה אכן פוגעת באותם היבטים של כבוד האדם, אין להסיק מכך שיש להטיל איסור גורף על הפליה זו. זאת, לנוכח החשש שאיסור זה יפגע בצרכנים אחרים רבים. קודם לכן הצבעתי על כך שכאשר אוסרים על הפירמות באופן גורף לנקוט הפליית מחירים מדרגה ראשונה, הן מנהיגות מחיר אחיד

לאסור הפליית מחירים סמויה מדרגה ראשונה משמעותה שעל הפירמה לגלות את דבר קיומה של ההפליה. ברם, איני נדרש כאן להיקפה של חובת הגילוי המוטלת על הפירמות בכל הנוגע בהיבטים אחרים של המחיר, כגון עלותו של המוצר.

183 להתעניינות בהשוואת מחירים בעקבות המחאה של קיץ 2011 ראו לעיל ה"ש 17, 68.

184 ראו לעיל ה"ש 172 ואת הדיון שלידיה.

באופן המשיא את רווחיהן. במצב זה קיים חשש שחלק מהצרכנים – אלה שמידת נכונותם קטנה מהמחיר האחיד שנקבע – לא יוכלו לרכוש את המוצר.¹⁸⁵ מפאת חשיבות הדברים נמחיש אותם באמצעות דוגמה מספרית פשוטה. נניח כי פירמה מבקשת לשווק 4 יחידות ממוצר נתון, וכי כל יחידה עולה לה 20 ש"ח. כן נניח כי יש ארבעה צרכנים שכל אחד מהם מבקש לרכוש יחידה אחת: הצרכן הראשון מוכן לשלם 100 ש"ח; השני – 80; השלישי – 50; והרביעי – 40. אם הפירמה יודעת את המחיר שכל אחד מהם מוכן לשלם, ובהעדר כלל משפטי האוסר עליה לנקוט הפליה, היא תמכור לכל אחד מהם במחיר שהוא מוכן לשלם, והרווח הכולל שלה יהיה 190 ש"ח. לעומת זאת, אם ייקבע כלל האוסר על הפירמה להפלות, היא תבחר למכור רק שתי יחידות במחיר של 80 ש"ח כל אחת, והרווח שלה יהיה 120 ש"ח. במצב זה איסור ההפליה והמעבר למשטר של מחיר אחיד פגע באותם צרכנים שמידת נכונותם קטנה מהמחיר האחיד שנקבע על-ידי הפירמה. אלה הצרכנים שכינתי קודם לכן "נפגעי המחיר האחיד".

לא יהא זה מופרך לטעון כי דווקא איסור ההפליה, במונעו מהם את האפשרות לרכוש מוצר אשר אלמלא אותו איסור היה ביכולתם לרכוש, גורם לאותם צרכנים "נפגעי המחיר האחיד" לפגיעה בכבוד האדם – פגיעה שערך השוויון נועד למנוע. אומנם, עוצמת הפגיעה משתנה ממקרה למקרה, ותלויה בטיב המוצר שהצרכן מנוע מלקנות, בחינניותו של המוצר, במצב החברתי-הכלכלי של הצרכן ועוד. ברם, יש להניח כי הפגיעה שנגרמת לאדם שאינו יכול לרכוש את המוצר מכיוון שידו אינה משגת היא פגיעה קשה. ראשית, במקרים מסוימים – למשל, כאשר מדובר במוצר חיוני מציל חיים (כגון תרופה או מכשיר רפואי) – אי-יכולתו של הצרכן לרכוש את המוצר עלולה לפגוע באיכות חייו וביכולתו לנהל חיים תקינים, ולעיתים אף לעלות לו בחייו. שנית, במקרים מסוימים אי-היכולת לצרוך מוצר מסוים פוגעת ביכולתו של הצרכן לספק לעצמו צרכים אשר בסיסיים לקיום האנושי. כך, למשל, צרכן שאינו יכול לרכוש מצרך בסיסי דוגמת מכשיר חשמלי, רק בשל המחיר האחיד שנקבע, הוא אדם שכבודו כאדם נפגע. שלישית, במקרים מסוימים אי-היכולת של הצרכן לרכוש מוצר רק מפני שידו אינה משגת עלולה לגרום לו השפלה של ממש. שוו בנפשכם הורה שאינו יכול לרכוש לילדו מוצר כלשהו רק מפני שידו אינה משגת, ואשר אלמלא אותו איסור הוא היה יכול לעשות כן. רביעית, אי-היכולת לצרוך מוצרים עלולה למנוע מהצרכן את האפשרות להשיג כל אותן מטרות שהוא מבקש להשיג באמצעות פעולת הצריכה. אנו חיים בחברה צרכנית, שבה צריכת מוצרים ושירותים הינה עובדה בסיסית בחיינו, וזאת בשל ריבוי הפונקציות שהיא ממלאת.¹⁸⁶ פעולת הצריכה משמשת את הפרט לרכישת מעמד ועוצמה בחברה. הצרכנות היא אמצעי לחיזוק האישיות העצמית. בעידן המודרני נהפכו המוצרים לסמל

185 לדין נרחב בטענה זו ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 138.

Deborah C. Malamud, *Class-Based Affirmative Action: Lessons and Caveats*, 74 TEX. L. REV. 1847, 1885 (1996); PACO UNDERHILL, *WHY WE BUY: THE SCIENCE OF SHOPPING* 95 (1999).

מעמדי, והצרכנות נועדה לשדר עוצמה חברתית. הנאתם של הצרכנים אינה עוד מהמוצרים עצמם, כי אם מעצם פעולת הרכישה. הצרכנות נהפכה למעין מסר חברתי, דהיינו, לאקט של תקשורת בין-אישית. כיום הצרכן הוא מעמד בפני עצמו. בני-האדם אינם מוגדרים עוד רק על-פי מגדרם, מצב תעסוקתם או המיצב של מקצועם, אלא גם על-פי פעילותם כצרכנים.¹⁸⁷ אי-היכולת לצרוך פוגעת באוטונומיה של הפרט וביכולתו "לכתוב את סיפור חייו" באופן שבו היה רוצה לעשות זאת. זאת ועוד, "חופש הצריכה" נהפך למכשיר המאפשר לצרכנים לבטא את עצמם, בדיוק כשם שחופש הדיבור מקנה להם אפשרות זו. מבחינתם של הצרכנים, השווקים הצרכניים נהפכו לאתר ליצירת בידול חברתי-מעמדי.¹⁸⁸ למעשה, פעולת הצריכה נהפכה למרכיב מרכזי בקיומו של האדם, אשר מעצב את סביבתו הפיזית והתרבותית, משפיע על מערכת יחסיו הבין-אישית ונותן ביטוי לזהותו האישית והקבוצתית.¹⁸⁹ העדר ההבחנה בין הצרכנים, המתבטא בקביעת מחיר אחיד, גורם לפגיעה בכל אותן מטרות ופונקציות שפעולת הצריכה נועדה להשיג. על רקע זה ניתן להבין את עוצמת הפגיעה שהעדר הבחנה (המחיר האחיד) עלול לגרום לאותם צרכנים שנמנעת מהם האפשרות לרכוש את המוצרים. בין היתר, העדר ההבחנה יכול לפגוע בעצם יכולתו של האדם לחיות, ליהנות מהחיים, לבטא את האני הצרכני שלו, לרכוש לו מעמד בחברה כצרכן ועוד. יוצא אפוא שיש רגליים לסברה כי איסור הפליה עלול לגרום לפגיעות לא-מבוטלות בכבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד, למצער בהשוואה לפגיעה בכבודם של הצרכנים נפגעי הפליית המחירים מדרגה ראשונה.

השאלה העולה על רקע דברים אלה היא אם לאותן השלכות שליליות שיש לאיסור ההפליה על כבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד יש השפעה על המדיניות הרצויה מנקודת-המבט של ערך השוויון. האם ערך השוויון מאפשר מתוכו התחשבות גם בפגיעה בכבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד? האם ניתן להותיר את ההפליה על כנה, ובכך להותיר את הפגיעה שהפליה זו גורמת לצרכנים, רק בשם ההגנה על כבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד? לדעתי, יש להשיב על שאלות אלה בחיוב. ראשית, השיקול בדבר הגנה על כבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד אינו שיקול זר וחיצוני לערך השוויון. נהפוך הוא, התכלית המונחת ביסודו של עקרון השוויון, ואשר קובעת את היקפו הפנימי, היא מניעת פגיעה בכבודם של הצרכנים. מכאן שעיצוב מדיניות ראויה להסדרת הפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה יכולה להתמקד בפגיעה בכבודם של הצרכנים נפגעי ההפליה ולהתעלם מכבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד. שנית, ובהמשך ישיר לטיעון הקודם, הניתוח לעיל מתאר במידה רבה התנגשות בין היבטים

187 ראו: David M. Skover & Kellye Y. Testy, *LesBiGay Identity as Commodity*, 90 CALIF. L. REV. 223 (2002); MIHALY CSIKSZENTMIHALYI & EUGENE ROCHBERG-HALTON, *THE MEANING OF THINGS: DOMESTIC SYMBOLS AND THE SELF* 53 (1981).

188 ראו: Richard Elliott & Kritsadarat Wattanasuwan, *Brands as Symbolic Resources for the Construction of Identity*, 17 INT'L J. ADVERTISING 131 (1998).

189 ראו קוטלר, הלר והורניק, לעיל ה"ש 59, בעמ' 198.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

שונים של שוויון. ההיבט האחד הוא שוויון במחיר המוצרים, וההיבט האחר הוא השוויון בעצם הגישה לשוק והאפשרות לצרוך את המוצרים ("equal market access"). בין שני היבטים אלה של שוויון קיים מתח, אשר בא לידי ביטוי בנוסחה הבאה: כדי להבטיח גישה גם לצרכנים שמידת נכונותם לשלם נמוכה (על-פירוב משום שמידת יכולתם לשלם נמוכה), יש לפגוע בשוויון במחיר, ולאפשר הפליה במחירים בינם לבין צרכנים שמידת נכונותם לשלם גבוהה; ובכיוון ההפוך, כדי להבטיח שוויון במחיר, יש לפגוע בשוויון בגישה לשוק. מכאן שעיצוב מדיניות ראויה מנקודת-המבט של ערך השוויון אינו יכול להתמקד אך בהיבט אחד שלו – השוויון במחיר – ולהתעלם מההיבט האחר, קרי, מהשוויון בעצם הגישה לשוק. המסקנה כי אין להטיל איסור על הפליית מחירים מדרגה ראשונה משקפת העדפה לשוויון בגישה לשוק, הנובעת מכך שהנזק שייגרם לשוויון בגישה לשוק אם יוטל איסור על הפליית מחירים מדרגה ראשונה עולה בהרבה על הנזק שייגרם לצרכנים המופלים אם לא יוטל איסור זה.¹⁹⁰

(ב) ערך השוויון כערך אינסטרומנטלי

ביקורת אחרת יכולה להיות מופנית נגד המטרות המונחות ביסודו של ערך השוויון, הקובעות אם מדובר בהבחנה רלוונטית אם לאו. נקודת המוצא של הדין היא שהמטרה המונחת ביסודו של השוויון הצרכני היא הגנה על כבודו של האדם. ברם, ניתן לטעון, כפי שגם עולה מפסיקתו של בית-המשפט העליון, כי זו אינה המטרה היחידה, וכי ביסודו של ערך זה קיימות מטרות נוספות, כגון צדק והגינות.¹⁹¹ על ביקורת זו ניתן להשיב כדלקמן. ראשית, יש אומנם גישות הרואות בשוויון אמצעי להשגת מטרות אחרות. אולם בהקשר הצרכני, כפי שעולה מהצעת חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים ומפסק-הדין בעניין פרוד'אנסקי,¹⁹² מטרתו של שוויון זה

190 אומנם, לכאורה היה אפשר לקבוע נורמה המנוסחת בצורה של "עיקרון", ולא של "כלל", שלפיה יש לאסור הפליית מחירים בנסיבות שבהן הפגיעה בכבודם של הצרכנים המופלים עולה על הפגיעה בכבודם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד. ברם, כפי שהסברתי לעיל בה"ש 148, שיקולים הקשורים לבחירה בין משטר מסוג סטנדרט לבין משטר מסוג כלל מובילים למסקנה כי אין לעשות כן.

191 עמדה על כך השופטת נתניהו בבג"ץ 720/82 אליצור אגוד ספורטיבי דתי סניף חדרה נ' עיריית נהריה, פ"ד לז(3) 17, 20 (1983): "השוויון אין לו תוכן מהותי משל עצמו ואינו מטרה בפני עצמו, השוויון הינו אמצעי להשגת צדק, דרך לביצוע תפקידיה של הרשות ביושר ובהגינות, על מנת להגיע לתוצאה צודקת... וכן הינו אמת מידה לבחון, אם אמנם כך נהגה הרשות." על עקרון השוויון כמשקף ערכים של צדק והגינות עמד גם השופט חשין בבג"ץ 7111/95 מרכז השלטון המקומי נ' הכנסת, פ"ד נ(3) 485, 502 (1996), באומרו: "בחינה מקרוב תגלה לנו – ולא להפתענו – כי שוויון 'מהותי' אינו אלא אחת מנגזרות הצדק וההגינות. לצדק ולהגינות פנים הרבה, ואחד מפניהם הוא השוויון. ניתן לנסח את עקרון השוויון בדרכים הרבה, שאינן זהות זו לזו: שוויון בסיכויים, שוויון בתוצאות, שוויון בנקודת המוצא, שוויון בהקצאת משאבים, שוויון בצרכים וכולי. ואולם 'שוויון מהותי' בכל אחד מאלה נרדף הוא – גם להלכה וגם למעשה – לצדק ולהגינות כנראה להם לבני חברה מסוימת בתקופה מסוימת, לאמור: שוויון המוליך אל צדק, שוויון שדרכו היא דרך ההגינות."

192 לעיל ה"ש 105.

היא הגנה על כבודם של הצרכנים ומניעת כל אותן תוצאות שליליות הנגרמות על-ידי ההפליה.¹⁹³ שנית, המונחים "צדק" ו"הגינות" הם מונחים עמומים, והדבר מקשה בחינה של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של כל אחד מהם. כך, למשל, הדיון מנקודת-המבט של ערך ההגינות מעלה שאלות כגון מהו מחיר הוגן ומהי שיטת המחירה הוגנת. מחד גיסא, ניתן לטעון כי חיוב של כל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם הוא שיטת המחירה הוגנת, וכי המחיר שנקבע הוא מחיר הוגן, מכיוון שמידת הנכונות לשלם נמצאת במתאם עם מידת היכולת לשלם, ואין לך דבר הוגן יותר מאשר לחייב כל אדם לפי מידת יכולתו לשלם. כמו-כן ניתן לטעון כי מחיר שנקבע בהסכמת שני הצדדים הוא מחיר הוגן, גם אם יש בו מרכיב של הפליה.¹⁹⁴ כנגד זה ניתן לטעון כי המחיר צריך להיקבע אך ורק על-סמך עלותו בתוספת מרווח מסוים, ולא על-פי מידת נכונותו של הצרכן לשלם. חיובו של כל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם הינו שיטה מפלה ועל-כן אינו הוגן. טיעונים אלה ממחישים את הקושי הטמון במונח "הגינות" וביחס שבינו לבין המונח "הפליה". קשיים אלה חלים באותה מידה כאשר מפעילים קריטריונים של צדק. שלישית, במובן מסוים בחינת הפליית מחירים מדרגה ראשונה על-סמך ערכים של הגינות וצדק מובילה למעגל-קסמים ולקשר טאוטולוגי: מחד גיסא, כדי לקבוע אם מחיר מפלה אם לאו, יש לקבוע אם הוא הוגן/צודק אם לאו, ומאידך גיסא, כדי לקבוע אם המחיר הוגן/צודק, יש לבדוק אם הוא מפלה. רביעית, ועיקר, גם ביסוד הקביעה כי מחיר מפלה הוא לא-הוגן או לא-צודק מונחת התפיסה כי מחיר זה פוגע בכבודו של האדם.¹⁹⁵ מכאן שגם ערכים אלה אינם מטרות בפני עצמן, אלא נועדו להגן על כבודו של האדם ולמנוע כל אותן תוצאות שליליות שנגרמות על-ידי ההפליה. מכאן שבחינת הפליית מחירים מדרגה ראשונה על-פי ערכים אלה זהה לבחינתם מנקודת-המבט של ערך השוויון.

בהקשר זה מעניינת הטענה כי השוויון נועד להשיג צדק חלוקתי, קרי, חלוקה צודקת של משאבים ורווחה בין רבדים שונים בחברה. על-פי טענה זו, יש לבחון הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של ערך זה. בחינה זו, כך על-פי הביקורת, מעלה כי הפליה זו אינה מתיישבת עם ערכים של צדק חלוקתי. הסיבה לכך היא שבהפליית מחירים מדרגה ראשונה הפירמות גובות מכל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם, ובכך מעבירות לידיהן את מלוא הרווחה המופקת מן העסקות הצרכניות, דבר שעלול להגביר את הפער בין הפירמות לבין הצרכנים.¹⁹⁶ מכאן שהטלת איסור על הפליית מחירים יכולה למתן את התרחבותם של פערי העושר והכוח לטובת הפירמות. על טיעון זה ניתן להשיב כדלקמן. ראשית, קיים ויכוח באשר לתפקידו של המשפט בכלל, ושל המשפט הפרטי (שדיני הצרכנות הם חלק ממנו) בפרט, בקידום מטרות

193 ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 169.

194 להרחבה על טיעון זה ראו לעיל את הדיון ליד ה"ש 57.

195 למעשה, כבוד האדם מונח ביסודם של כל זכויות האדם וערכי השיטה. ראו עניין **בחורי הישיבות**, לעיל ה"ש 172, פס' 31 לפסק-דינו של הנשיא ברק.

196 ראו גם לעיל את הדיון אחרי ה"ש 124.

משפט ועסקים טז, תשע"ד מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה

מתחום הצדק החלוקתי.¹⁹⁷ שנית, ולגופו של עניין, לכלל האוסר הפליה יש השפעה חלוקתית שלילית בין הצרכנים לבין עצמם, שעוצמתה אינה פחותה מעוצמת ההשפעה השלילית שיש להפליה עצמה, ואולי אף עולה עליה. כאמור, איסור הפליה עלול לגרום לכך שחלק מהצרכנים – אלה שכיניתי "נפגעי המחיר האחיד" – לא יוכלו לרכוש את המוצר, ובכך להדירם מהשוק. לא־היכולת של צרכנים אלה לרכוש את המוצר יש השפעה על מצבם, אשר משתנה לפי הנסיבות. מכאן שאיסור הפליה ישפר אומנם את מצבם של חלק מהצרכנים – אלה שמידת נכונותם עולה על המחיר האחיד שנקבע – אך יפגע במצבם של הצרכנים נפגעי המחיר האחיד. בחינת הפליית מחירים מנקודת־המבט של צדק חלוקתי צריכה אם כן להביא בחשבון את ההשפעה החלוקתית של ההפליה, ולהשוות בינה לבין ההשפעה החלוקתית של איסור ההפליה. בחינה זו קשה במיוחד, ולא נראה כי ניתן להגיע לממצא חד־משמעי בעניין זה.

לסיכום נקודה זו, בחינת הפליית מחירים מדרגה ראשונה מעלה כי הפליה זו אינה פוגעת בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם, ועל־כן אינה פוגעת בערך השוויון המשפטי. המסקנה מכך היא שאי־אפשר להטיל עליה איסור גורף. נהפוך הוא, דווקא הטלת איסור גורף על הפליית מחירים מדרגה ראשונה עלולה לפגוע בכבודם של חלק מהצרכנים, אשר לא יוכלו לגשת לשוק ולרכוש מוצרים אשר אלמלא אותו איסור הם היו יכולים לרכושם. למעשה, המסקנה המתקבלת על־פי ערך השוויון זהה למסקנה המתקבלת על־פי ערך הרווחה המצרפית.¹⁹⁸

סיכום

מאמר זה עוסק בשיטת המחרה המכונה "הפליית מחירים מדרגה ראשונה", שבה הפירמה מחייבת כל אחד מהצרכנים לפי מידת נכונותו לשלם בעד המוצר. הניסיון של השנים האחרונות וכן מחקרים אמפיריים שבחנו את שיטות המחרה של הפירמות בשווקים הצרכניים מלמדים כי הפליית מחירים מדרגה ראשונה נהפכת לשיטת המחרה בת־קיימא בשווקים הצרכניים של תחילת המאה הנוכחית. גם הניתוח העיוני הבוחן את הגורמים המשפיעים על יכולתן ונכונותן של הפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה מלמד כי לנוכח השינויים הטכנולוגיים של מהפכת המידע, ובראשם רשת האינטרנט, יש לצפות ששיטה זו תהפך לשיטה בת־קיימא, ואולי אף לשיטה השלטת.

197 ראו ישראל גלעד דיני הנויקין – גבולות האחריות כרך א 200–201 (2012).

198 מערכת היחסים בין שני הערכים – שוויון ורווחה מצרפית – הינה מורכבת: לפעמים שני הערכים מתנגשים זה בזה, לפעמים הם הולכים יד ביד, ולפעמים הם אדישים זה לזה. להרחבה על המצבים הללו ראו שם, בעמ' 184; צחי קרן־פז "לי זה עולה יותר": דחיית הטענות בדבר חוסר לגיטימיות ועלות מוגזמת הנטענות כלפי קידום השוויון במשפט הפרטי" **משפט וממשל** ז 541, 613–621 (2004).

זאת, מכמה סיבות, ביניהן: היכולת ההולכת וגוברת של הפירמות להשיג, לאגור ולעבד מידע אישי על-אודות הצרכנים (בתהליך המכונה "כריית מידע"), המאפשר להם, מבחינה טכנית, להנהיג הפליה זו; העובדה שסוגים מסוימים של שיטה זו נתפסים בעיני חלק מהצרכנים כשיטת המחרה הגונה; העובדה שחלק גדול מהשוקים הצרכניים נגועים בכשלי שוק שונים – חוסר מידע, עודף מידע, רציונליות מוגבלת, הטיות קוגניטיביות, קרטלים ותחרות מונופוליסטית; והיכולת של הפירמות להנהיג הפליה זו בצורה סמויה.

דיני הצרכנות הקיימים, אשר עוצבו במהלך שנות השמונים של המאה הקודמת, אינם אוסרים הפליה זו. ניתן לספק שני הסברים עיקריים לכך. הסבר אחד נעוץ במצע התיאורטי שעליו נבנו דיני הצרכנות בתחילת שנות השמונים, אשר אינו מכיר בזכותו של הצרכן לשוויון במחיר בהשוואה לצרכנים אחרים. הסבר אחר נעוץ באווירה המשפטית הכוללת של שנות השמונים, אשר נמנעה מלחייב גופים פרטיים לכבד את עקרון השוויון, וזאת כדי לא לפגוע בחירותם לנהל את עסקיהם כראות עיניהם, ובכלל זה החירות להפלות. גם חוק איסור הפליה במוצרים ובשירותים, שנחקק בתחילת המאה הנוכחית, אינו אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה. חוק זה נועד להתמודד עם תופעת ההפליה בין צרכנים על רקע השתייכות קבוצתית, כגון לאום, דת, מין וארץ-מוצא, ולא על בסיס מאפיינים אישיים, כגון מידת הנכונות לשלם. לא זו אף זו, פסיקת בית-המשפט העליון רואה חוק זה כיוצר הסדר שלילי לעניין סוגי ההפלות האסורות, דבר שסותר את הגולל על האפשרות לאסור הפליית מחירים מדרגה ראשונה מכוח עקרונות כלליים, ובראשם עקרון תום-הלב.

בהינתן שהדין הקיים אינו אוסר הפליית מחירים מדרגה ראשונה, ולנוכח הדינמיקה הכלכלית בשווקים המודרניים שתוארה לעיל, יש להניח כי הפירמות לא יימנעו מנקיטת שיטת המחרה זו כל אימת שתיקרה לפניהן ההזדמנות לעשות כן. על רקע תיאור זה עולות שאלות הנוגעות בריאקציה הנורמטיבית הראויה לנוכח המציאות שנוצרה. האם על המשפט להתערב בשיטת המחרה זו? ואם כן, מה צריך להיות אופייה של התערבות זו? שאלות אלה נושאות אופי נורמטיבי, ולפיכך המענה להן צריך להתבסס על תפיסת-עולם באשר לתכלית החברתית ולתפקידו של המשפט בהשגתה. המוקד המרכזי של המאמר הוא תפיסת-עולמה של הגישה הכלכלית למשפט, הרואה בהשאת הרווחה המצרפית את התכלית הבלעדית שיש לשאוף אליה. מכאן שכל החלטה באשר לעצם ההתערבות בהפליית מחירים מדרגה ראשונה, ובאשר לאופייה של התערבות זו, צריכה להיקבע על-פי ההשפעה האפשרית שיש להחלטה זו על הרווחה המצרפית.

הניתוח של הפליית מחירים מדרגה ראשונה מנקודת-המבט של רווחה מצרפית הוביל למסקנות הבאות. ראשית, בניגוד לטיעון המקובל בתורת הכלכלה, הפליה זו פוגעת ברווחה המצרפית בצורות שונות, בעיקר בשל התחושות השליליות שהפליה זו גורמת לצרכנים המופלים. תחושות שליליות אלה הן בגדר עלות חברתית שהפירמות מחצינות אל הצרכנים ואל החברה בכללותה. החצנה היא כשל שוק המצדיק התערבות של המערכת המשפטית. שנית, לכאורה היה אפשר לתקן את כשל ההחצנה על-ידי קביעת כלל גורף האוסר על הפירמות להנהיג הפליית מחירים מדרגה ראשונה. דא עקא,

כלל זה, בכך שהוא מאלץ את הפירמות לקבוע מחיר אחיד, עלול לגרום לכך שחלק מהצרכנים, אשר מידת נכונותם קטנה מהמחיר האחיד שנקבע, לא יוכלו לרכוש את המוצר. אי-ביצוען של עסקות אלה גורם להפסד רווחה – ישירה ועקיפה – שהיא אפשר להפיק אלמלא האיסור. כמו-כן, אי-ביצוע אותן עסקות עלול לגרום לצרכנים הללו תחושות שליליות מאותו סוג שכלל זה ביקש למנוע מלכתחילה. יוצא אפוא שלצד התועלת הגלומה באיסור הפליה מדרגה ראשונה, כרוכה באיסור כזה גם עלות חברתית משמעותית. ניתוח מעמיק של מרכיבי התועלת והעלות מלמד כי העלות הכרוכה באיסור כזה עולה לרוב על התועלת הצומחת ממנו, במיוחד לנוכח ההשוואה בין הנזק שנגרם לצרכנים נפגעי ההפליה לבין הנזק שייגרם לצרכנים נפגעי המחיר האחיד (במקרה שהאיסור יוטל). המסקנה, אם כך, היא שאין להטיל איסור גורף על הפליית מחירים מדרגה ראשונה. **שלישית**, על הפליה סמויה יש להטיל איסור גורף. זאת, משום שהפליה סמויה יוצרת כשל שוק מסוג "כשל מידע", וכן משום עוצמת הפגיעה הכרוכה בה.

המסקנה העולה מתפיסת-עולמה של הגישה הכלכלית למשפט עלולה לעורר ביקורת מצד תפיסת-עולם אחרות, אשר אינן רואות בהשאת הרווחה המצרפית משום תכלית חברתית שיש לשאוף אליה, או למצער לא התכלית היחידה. בהקשר של הפליה אפשר להעלות על הדעת שההתנגדות תבוא מצד אותן תפיסת-עולם הרואות בערך השוויון את אחד הערכים המרכזיים שהחברה צריכה לשאוף אליהם. כדי להתמודד עם ביקורת זו, בחרתי לדון בהפליית מחירים גם מנקודת-המבט של ערך השוויון, כפי שהתגבשה בפסיקת בית-המשפט העליון, מתוך הנחה שתפיסה זו של בית-המשפט העליון משקפת את ההסכמה החברתית סביב ערך זה. על-פי תפיסה זו, הפליית מחירים כלכלית פוגעת בערך השוויון רק אם היא גורמת לפגיעה בהיבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם, כגון חופש הבחירה, חופש הפעולה, האוטונומיה של הרצון הפרטי ועוד.

ניתוח הפליית מחירים מדרגה ראשונה על-פי תפיסת-עולם זו מוביל למסקנות הבאות: **ראשית**, הפליית מחירים מדרגה ראשונה אינה פוגעת באותם היבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם, ועל-כן אינה פוגעת בערך השוויון. **שנית**, גם אם נניח כי הפליה זו גורמת לפגיעה כלשהי באותם היבטים, עדיין אין להטיל איסור גורף. זאת, משום שאיסור זה, כפי שנאמר לעיל, שולל מחלק מהצרכנים את היכולת לרכוש את המוצרים המוצעים בשוק, והדבר גורם להם – לאותם צרכנים נפגעי המחיר האחיד – לפגיעה בכל אותם היבטים הקשורים בקשר הדוק לכבוד האדם, למצער בהשוואה לפגיעה שנגרמת לצרכנים נפגעי ההפליה. **שלישית**, יש לאסור הפליה סמויה, הן בשל עוצמת פגיעתה בכבודם של הצרכנים המופלים והן בשל פגיעתה ביכולת הבחירה החופשית שלהם. יוצא אפוא שהפליית מחירים מדרגה ראשונה לא רק שאינה פוגעת בערך השוויון, אלא אף מקדמת אותו, בכך שהיא גורמת לפתיחת השווקים לפני צרכנים אשר לא היו יכולים להיכנס אליהם ולרכוש בהם מוצרים אילו נאסרה הפליה זו.

