

## מונופולים דיגיטליים

מאת

### דפנה רבן ואיריס סורוקר\*

העולם הטכנולוגי מהווה את אחד האתגרים המשמעותיים הניצבים כיום בפני רשויות הרגולציה ובתי המשפט. התכונות הייחודיות לרשת האינטרנטית הופכות אותה לפעילות כלכלית מערערת, קשה לתפיסה וקשה לריסון, כזו הטורפת את קלפי המשחק המוכרים ומחייבת להידרש מחדש לגיבוש מדיניות אכיפה ראויה. בפרק זה, אנו דנות בתכונות המיוחדות של הרשת, המאפשרות למונופולים דיגיטליים לנקוט בפרקטיקות מתוחכמות ומוסוות לביצור מונופולים גדולים ועוצמתיים. לצד הכרה בתרומה הייחודית של חברות הטכנולוגיה לפיתוח ידע, יזמות כלכלית וחדשנות טכנולוגית וחברתית, יש להכיר בעלויות הנובעות מפרקטיקות מונופוליסטיות ולשאוף ליצירת איזונים למיתון צד העלויות. נבחן את הפרקטיקה של אספקת מוצרים אינטרנטיים ב"חינם", את אפקט הרשת המתעצם בשווקים דו-צדדיים, ואת חסמי הכניסה הנובעים מכך. נראה כי מוצרים המסופקים ללא תמורה כספית, כמו גם היתרונות של רשת גדולה, דוחפים את השוק הדיגיטלי למבנה ריכוזי שצפוי לפגוע ברמת התחרות וברוחת הצרכן. לצד אלה, היבטים חזקים של קדמה טכנולוגית וחדשנות מקשים להרים את המסך מעל המונופול הדיגיטלי ולחשוף את העלויות המגולגלות על הציבור. הניתוח הכלכלי יהווה תשתית לדיון משפטי בסוגיות של אכיפה: נסקור מהלכים הננקטים בעת הזו באירופה ובארצות הברית, ונבחן מה ניתן לעשות בישראל: מכוח דיני התחרות הכלכלית וכן במסגרת תובענות ייצוגיות.

א. מבוא ♦ ב. שוק תחרותי, שוק של מידע ומידע אסימטרי ♦ ג. מונופול ייצוגי מכוח מידע אסימטרי ♦ ד. על פרסום, מוצרים חינמיים, אפקט הרשת ורווחיות לא מידתית ♦ ה. על מתווכים דיגיטליים ושווקים דו-צדדיים ♦ ו. סטנדרטים טכנולוגיים ומניעת תאימות ♦ ז. אסטרטגיות של השתלטות ♦ ח. מתחפרים בעמדה ♦ ט. אכיפה ♦ י. מה עושים? ♦ 1. דיני התחרות הכלכלית; 2. תובענות ייצוגיות ♦ סיכום תמציתי.

\* פרופ' דפנה רבן היא חברת הסגל הבכיר בבית ה"ס למנהל עסקים באוניברסיטת חיפה. ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס, היא ראשת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה במסלול האקדמי המכללה למינהל. פרק זה מבוסס על מאמר שפורסם במחקרי רגולציה ב 101 (2020).

## א. מבוא

ה- $e^{-}$  האינטרנטי, המחבר מידע למרשתת, אינו עוד אחת מתכונות המידע העומד לרשותנו. האינטרנט הופך את המידע למרושת, ולכן לדבר מה חדש אשר השלכותיו מרחיקות הלכת נחשפות ומובנות רק בהדרגה. כמוכן, מונופולים וכשלי שוק אחרים קיימים בשפע גם בעולם הכלכלה "הרגילה"; אך העולם הדיגיטלי מזמן אפשרויות מתוחכמות ומוסוות מן העין ליצירת מונופולים גדולים ועוצמתיים, עשרות מונים מהמונופולים שהכרנו בעידן התעשייתי. מה שמכונה "מהפכת המידע" מתואר בדרך כלל בהתרגשות המלווה צמיחה כלכלית ומרחב חדש של עשייה. ואולם ייחודיות המידע המרושת משמנת מגוון אנטי-תחרותי ומזמינה השתלטות מעטים על המרחב שבו אנו פועלים. בשווקים דיגיטליים, נתונים ומידע מהווים כר פורה להיווצרות מהירה של מונופולים ולביצורם, באופן המקשה על הרגולטור לנטר אותם ולפקח עליהם.

בעולם הפיזי, מונופולים בדרך כלל גלויים לעין ונחשפים בעזרת קריטריונים מדידים כגון: נתח שוק, מספר המתחרים בשוק ושליטה במחירים. בעולם הדיגיטלי, מונופולים מסוגלים לעשות צבועי הסוואה: אלה הם צבעים מייפיים של חדשנות, העלולים לטשטש התנהלות כוחנית לחיסול תחרות. בין צבועי הסוואה ניתן למנות את השירותים החינמיים המוצעים למשתמשים ברשת, אשר עלולים להסוות פגיעה בפרטיות ולהגביה חסמי כניסה. שירותים חינמיים, לצד הילת החדשנות העוטפת את הטכנולוגיה המתקדמת, מרפדים פרקטיקות מונופוליסטיות באיפור כבד, המעכב את האפשרות לאבחן אותן נכוחה. הם יוצרים חומות של הסוואה המקשות על הטיפול בפרקטיקות אנטי-תחרותיות.

כדי לעמוד על הזיקה שבין מידע לבין פעילות אנטי-תחרותית, ראוי ללבן גורמים כלכליים להיווצרות כשל שוק בעולם המרושת. נתחיל בתכונות של מידע כמוצר: היעדר יריבות והיעדר מניעה. נמשיך לגורמים המגבירים את כשל השוק במרשתת, המשתקפים באפקט הרשת ובבעיית המידע האסימטרי. לאחר מכן נפתח טיעון על אודות השפעת המידע על יצירת מונופולים עוצמתיים שאינם מתיישבים עם רווחת הציבור. נסיים בהצעות להתמודדות עם הבעיה ולמיתון צד העלויות.

## ב. שוק תחרותי, שוק של מידע ומידע אסימטרי

שוק תחרותי מהווה מנגנון חליפין שבו מחירי סחורות ושירותים נקבעים על ידי היצע (צד היצרנים) וביקוש (צד הצרכנים), בתנאים שבהם פועלים שחקנים רבים, וללא התערבות ממשלתית. ישנם שני תנאים יסודיים להיווצרות "שוק", והם ידועים בכלכלה כ"מניעה" ו"יריבות".<sup>1</sup> מניעה מבוססת על קניין – הקצאת בעלות, קרי: זכאות בלעדית המועננת לפרט מסוים והמאפשרת לו לקבוע את השימושים שיעשו במשאב מסוים וכן את מחיריהם. לדוגמה,

1 למשל AGNÈS BÉNASSY-QUÉRÉ, BENOÎT CŒURÉ, PIERRE JACQUET & JEAN PISANI-FERRY, *ECONOMIC POLICY: THEORY AND PRACTICE* 116–117 (2<sup>nd</sup> ed. 2018).

אם אני מייצרת בגדי אופנה, מוצרי הביגוד הם בבעלותי, ואני אבחר אם ולמי לשווקם, מתי ובאיזה מחיר. אפקטיביות ה"מניעה", קרי: היכולת שלי שלא לשווק את המוצר אלא בתנאים שאקבע – מותנית ביכולת שלי לאכוף תשלום על מי שמעוניין במוצר (או בשרות). התשלום מהווה השתתפות של הצרכן בעלויות הנדרשות לייצור שמייצר היצרן. השתתפות זו יוצרת "שוק" של מוכרים וקונים, ומאפשרת את תמחור המוצר ואת המסחר בו. התנאי השני להיווצרותו של שוק הוא היריבות: זו מתקיימת כאשר לכל יחידת מוצר יש לקוח אחד (זוהי בלעדיות בצריכה). למשל, אם אני לובשת חולצה מסוימת, אף אחת אחרת אינה יכולה ללבשה בו־זמנית. תכונה זו מאפשרת לתמחר את יחידת המוצר ולגבות תשלום עבור צריכתה. כאשר משבצים את תנאי השוק על מערכת צירים בינארית, מתקבלים ארבעה סוגים של מוצרים כפי שמוצג בטבלה 1.

**טבלה 1: סוגי מוצרים הנובעים מתנאי השוק**

יש מניעה (ניתן להקצות קניין)	אין מניעה (אין קניין)	
מוצרים פרטיים	מוצרים שיתופיים	<b>יש יריבות</b> (בלעדיות בצריכה)
מוצרי "מועדון"/מונופול ממשלתי/ציבורי	מוצרים ציבוריים	<b>אין יריבות</b> (היעדר בלעדיות בצריכה)

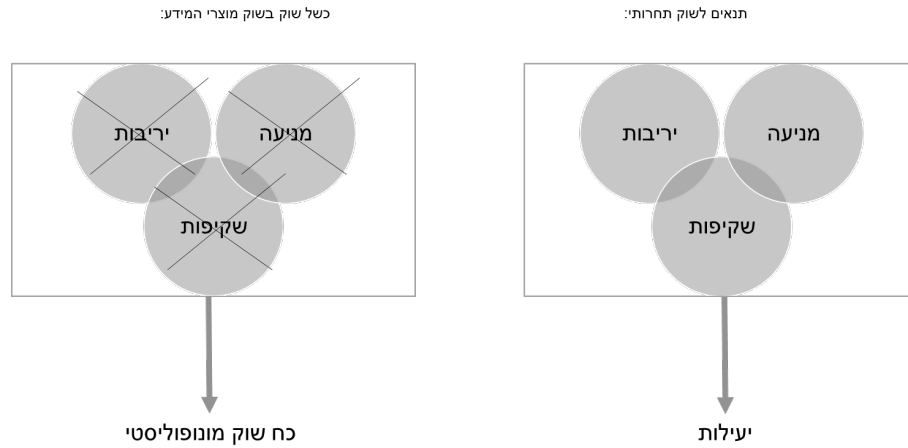
שוק תחרותי מתקיים לגבי מוצרים פרטיים (המקיימים יריבות ומניעה), ואילו שלושת סוגי המוצרים האחרים (שיתופיים, "מועדון" וציבוריים) מייצגים סוגים שונים של כשלי שוק; אלה הם מקרים שבהם לא יתקיים שוק תחרותי. זיהוי סוג המוצר מאפשר למדינה לאבחן את כשל השוק שבו מדובר ולהתמודד עמו בדרך של רגולציה.

תנאי חשוב לקיומו של שוק תחרותי הוא שקיפות לצרכנים. במונח זה הכוונה היא לזמינות מידע רחב על אודות מחירי המוצרים והשירותים הנסחרים בשוק ואיכויותיהם. שקיפות המידע מאפשרת לצרכנים לקבוע את העדפותיהם ביחס להיצע המוצע להם. תפקיד משמעותי של המידע הוא להוות גורם מסייע לקבלת החלטות מושכלות, קרי: החלטות המבוססות על מידע. המידע פועל בשני הצדדים של השוק: מצד הצרכנים, מידע מאפשר לצרכנים להשוות בין מוצרים מתחרים בהתאם לנתונים הידועים על אודות תכונות המוצרים ומחיריהם; ומצד היצרנים, נתונים על אודות עלויות ייצור בהשוואה למחירי מכירה בשוק מסייעים ליזמים לבחור את אפיק ההשקעה האופטימלי. תנועה מקבילה זו של צרכנים ויצרנים מעודדת תחרות בין הפירמות הפועלות בשוק. לכן, שקיפות המידע הוא גורם חשוב בשמירה על שוק תחרותי.<sup>2</sup>

איור 1 מסכם את ההבדלים העיקריים בין שוק תחרותי לבין שוק מונופוליסטי:

ARNOLD PICOT, RALF REICHWALD & ROLF WIGAND, INFORMATION, ORGANIZATION AND MANAGEMENT 306 (2008) 2

## איור 1: שוק תחרותי בהשוואה לשוק למוצרי מידע



אם נשתמש בטבלה 1 נראה כי מידע כמוצר אינו עונה להגדרות המאפשרות היווצרותו של שוק תחרותי. מאחר שמידע (לרוב) ניתן לשכפול והעתקה בקלות יחסית, וכן מאפשר שימוש סימולטני מרובה משתתפים, הרי שבדרך כלל לא מתקיימות בו התכונות של יריבות ומניעה. ואומנם, מידע נחשב למוצר ציבורי: הוא אינו חשוף לכליה בצריכה, ואף לא ליריבות מכוח שימושים מקבילים.<sup>3</sup> כפי שצפייה בשידורי טלוויזיה על ידי פרט אחד אינה גורעת מיכולת הצפייה הכוללת של פרט נוסף, כך גם צריכת מידע בידי פרט מסוים אינה מפחיתה מיכולת הצריכה שלו על ידי פרטים נוספים. המידע גם אינו מתכלה על ידי שימושים חוזרים. למשל, אם פלוני מקבל לידיו מידע על אודות תחזית מזג האוויר – המידע אינו אובד או מתמצה משום קליטתו על ידי משתמש אחר ואין בשימוש מרובה משתתפים כדי לפגוע ביכולתו של כל אחד להשתמש באותו מידע ממש. מידע ונתונים הם, מטבעם ניתנים לתפיסה על ידי פרטים רבים מבלי להישחק.

תכונה נוספת של המידע היא שאיכותו לא תמיד ידועה מראש אלא מתגלה רק לאחר שימוש, כלומר אחרי שכבר התקבלה החלטת צריכה.<sup>4</sup> למשל, איני יודעת בוודאות אם עיון במידע מסוים יסייע לקבלת החלטה; לכן, לא מתקיימת שקיפות מלאה ביחס לאיכות המוצר, הנדרשת ליצירת תחרות. כך מתגלה מורכבות המידע: מצד אחד יש למידע חשיבות רבה לשמירה על שווקים תחרותיים; אך מצד אחר קיים קושי לסחור במידע מפאת היעדר ודאות לגבי איכות המידע

3 ראו למשל Kirsten M. Keller, Douglas Yeung, Dave Baiocchi & William Welser, *Facilitating Information Sharing Across the International Space Community: Lessons from Behavioral Science*, RAND-PROJECT AIR FORCE 6 (2013).

4 ראו למשל Niv Ahituv, *Assessing the Value of Information: Problems and Approaches*, ICIS PROCEEDINGS 315 (1989); Daphne R. Raban, *User-centered Evaluation of Information: A Research Challenge*, 17 INTERNET RESEARCH 306 (2007).

והשלכותיו. תכונה חמקמקה זו עלולה להקשות על המסחר במידע, ולכן גם על מימונו. מסקנה מקובלת היא כי יש לנהוג במידע כבמוצר ציבורי, המייצג סוג של כשל שוק.<sup>5</sup> בעולם המרשתת, כשל השוק של המידע מתאפיין על רקע האיכויות המיוחדות של הרשת. הדיגיטיזציה המאפיינת את הרשת איננה תכונה אחת מני רבות, אלא שהיא תכונה מכוננת המשנה מן היסוד את אופיו של המידע. השונות מצויה בריבוי, במגוון ובקצב. בעולם האינטרנט, נתונים ומידע נוצרים בכל רגע נתון ובכמויות עצומות, בתהליכים יצירתיים או בתהליכים טכנולוגיים. הם מגיעים בכל רגע מאינספור חזיתות של עשייה ופעילויות של פרטים ומוסדות, רבים ושונים. תופעת ריבוי הידע מכונה לעיתים "ביג דאטה" (Big Data), ושלושת מאפייניה העיקריים הם: היקף (volume), מגוון (variety) וקצב (velocity).<sup>6</sup> מידע נוצר ונרשם בקשר עם כל שימוש שנעשה במרשתת: כניסות לאתרים, הורדות קבצים, שמיעת מוסיקה או צפייה בסרטים, תקשורת עם חברים, שיגור הודעות ותגובות, רכישות של מוצרים ושירותים – והכול בדיוק אותנטי ובתיעוד מרבי של הנתונים. וכאן נעוצה נקודה חשובה: לא רק שכמויות המידע מגיעות למרשתת בהיקף אינסופי, ממגוון עצום ורחב של מקורות ובקצב שלא הכרנו בעבר, אלא שהטכנולוגיה החדשה מאפשרת לאסוף, לצבור, לנצור ולנתח את המידע. ידוע שחברות הטכנולוגיה מסוגלות לעבד את המידע באמצעות אלגוריתמים מתחכמים המאפשרים לפלח את השוק בחתכים רבים ומגוונים. יכולות טכנולוגיות מאפשרות למשל להתאים פרסומות לגולשים; להציע לצרכנים הצעות מכר אינדיבידואליות; וכן להתאים לצרכנים מחירים של מוצרים ושירותים בהתאם לכוח הרכישה האינדיבידואלי, ולא בתמחור אחיד כמוצר על מדף.<sup>7</sup> הערך

5 על סיווגו של מידע כמוצר ציבורי ראו למשל אמל ג' בארין ["המידע הוא עלינו, אך האם הוא שלנו? הכרעה מנקודת מבט כלכלית" מחקרי משפט](#) כו 79 (2011). מוצרים ציבוריים מעוררים את החשש לייצור בחסר, משום שהשוק הפרטי אינו מספק מקורות מימון להיווצרותם. כאשר מדובר במוצר ציבורי, יש למצוא מסלול חליפי למימון שיאפשר את ייצורו. המימון עשוי להגיע ממקורות ציבוריים (למשל גביית מיסים המשמשים לאספקת שירותים שונים על ידי הממשלה, כגון ביטחון), או ממקורות שוקיים (כגון הקצאת פטנט למציאת המצאה טכנולוגית שיש עמה התקדמות אמצאתית או הענקת זכויות פרסום בשירותי הטלוויזיה). בדוגמאות אלה, המדינה מזהה את כשל השוק המופיע במידע, ומטפלת בו באמצעות התערבות רגולטורית, שמטרתה למצוא מענה למימון החסר. קיימת ספרות כלכלית ענפה המנתחת את כשל השוק הטמון בידע כמוצר ציבורי. ראו למשל ROBERT S. PINDYCK & DANIEL L. RUBINFELD, MICROECONOMICS 624 (5<sup>th</sup> ed. 2000); DAVID BESANKO & RONALD R. BRAEUTIGGOM, MICROECONOMICS: AN INTEGRATED APPROACH 743 (2000).

6 על ביג דאטה ושלושת מאפייניה הבולטים ראו למשל Hsiu-chin Chen, Roger H.L. Chiang & Veda C. Storey, *Business Intelligence and analytics: From Big Data to Big Impact*, 36 MIS QUARTERLY 1165 (2012); In Lee, *Big Data: Dimensions, Evolution, Impacts, and Challenges*, 60 BUSINESS HORIZONS 293 (2017).

7 על התאמת פרסומות אישיות בישראל ראו למשל החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל, של עו"ד אורי שוורץ בתפקידו כממלא מקום הממונה על ההגבלים העסקיים, להסכם בין ארטימדיה טכנולוגיות בע"מ לאתרי אינטרנט ישראלים (23.2.2016). כמו כן ראו Laurent Muzellec & Eamonn O'Raghallaigh, *Mobile Technology and Its Impact on the Customer Decision-Making Journey: How Brands Can Capture the Mobile-Driven Ubiquitous*, 58 MOMENT OF TRUTH, JOURNAL OF ADVERTISING RESEARCHES 12 (2018). לעניין התאמת מחירים לצרכנים ראו אמל ג' בארין ["מדוע כדאי לצרכנים להעדיף הפליית מחירים מדרגה ראשונה על מחיר אחיד – ניתוח מנקודת מבטן של הגישה הכלכלית ותאוריות השוויץ" משפט ועסקים](#) טז 377 (2013).

הגבוה של הנתונים האישיים נובע מהעובדה שהם מאפשרים לפירמה לשפר ביצועים עסקיים תוך הפחתת הסיכון הפיננסי. המידע מאפשר דיוק רב יותר בקבלת החלטות מסחריות, כמו תמחור, שיווק ואפיקי השקעה באופן המותאם להעדפות הצרכנים. הנתונים שניתן לאסוף לשם כך הם רבים ומגוונים: החל מפרטים אישיים בסיסיים ועד להעדפות משתמשים לפי ניתוח הפעילות האינטרנטית שלהם. הערך הכלכלי של הנתונים נעוץ ביכולת של הספקים לנתח אותם ולהפוך אותם למידע היכול לחזות התנהגויות.

ניצול מידע להגברת מסחר ולדיוק בסחורה המוצעת – אינו פסול כשלעצמו. אולם ראוי לשים לב שעיקודי מידע שעושות חברות הטכנולוגיה הגדולות אינם שקופים לצרכן, הפועל מול ממשק משתמש.<sup>8</sup> המציאות מלמדת שמידע בעל ערך נצבר בידי חברות טכנולוגיה, מבלי שהוא פתוח וזמין לשימוש של אחרים – מתחרים וצרכנים. שעה שמדובר במידע אסימטרי, המצוי רק בצד אחד של המתנס השוקי, המידע עלול להפוך את עורו החיובי בדרך כלל, ולהיציב בצבע שלילי, אנטי-תחרותי. בעידן הדיגיטלי, המידע אינו עוד אמצעי נלווה המסייע לקבלת החלטות מושכלות. בעידן הדיגיטלי, המידע עצמו מהווה מוצר, משמעותי ויקר ערך, שנסחר בשווקים של מידע. הוא אינו ככל המוצרים, אלא מוצר תשתית: האחיזה בו עשויה לסלול את דרכו של היצרן אל הפסגה (במשמעות של הגדלת הכנסות ורווחים). החשש איננו מעצם הגדלת ההכנסות, אלא מחיזוק המעמד השוקי של מעטים על חשבון מתחריהם. בהיעדר רגולציה המחייבת להעמיד מידע במרחב הציבורי, חברות טכנולוגיה תחתונה לעשות בו שימוש בלתי שקוף המסכן את התחרותיות של השוק ואת רווחת הצרכן.

### ג. מונופוליציה מכוח מידע אסימטרי

שימוש אסימטרי במידע על ידי חברות מבוססות טכנולוגיה עלול לעלות כדי מונופוליציה פסולה, קרי: פרקטיקה אנטי-תחרותית הנקוטה בידי יצרן ואשר צפויה להקטין את מרחב התחרות, לדחוק מתחרים החוצה מן השוק, ולהגביה את חסמי הכניסה הניצבים בפני מתחרים פוטנציאליים. עצם השימוש בפרקטיקה אסטרטגית לדחיקת מתחרים אינו חדש בעולמנו; מה שחדש הוא השימוש המונופוליסטי במידע המתאפשר בזכות טכנולוגיה אינטרנטית רבת עוצמה, שהיא בבחינת חדשנות משבשת (disruptive innovation).<sup>9</sup> במונח זה הכוונה היא למהפכה באופן שבה מתבצעים הדברים במשק, באופן המתאגר את התוכנות הידועות כלפיהם ומחייב לשקלל מחדש את הרגולציה המתאימה.<sup>10</sup>

8 נדרשת רגולציה כדי לחייב את מעצמות הטכנולוגיה לשקף למשתמשים מהו השימוש הנעשה במידע פרטי שלהם; ויעידו על כך התקנות הכלליות בדבר הגנת מידע באירופה (GDPR): European Parliament and Council of European Union (2016) Regulation (EU) 2016/679.

9 ראו למשל יורם קלמן **ניהול טכנולוגיה וחדשנות** 273–264 (2017).

10 על חדשנות משבשת ראו גם Clayton M. Christensen, Michael E. Raynor & Rory McDonald, *What is Disruptive Innovation*, 93 HARV. BUS. REV. 44 (2015).

ראוי להדגיש כי שימוש חד סטרי במידע הזורם ברשת אינו תופעה שולית. מחקרים מראים כי מרבית הצרכנים עושים היום שימוש באפליקציה (יישומון) אחת לכל הפחות.<sup>11</sup> תוך שימוש באפליקציה, המשתמשים מתבקשים בדרך כלל לספק מידע אישי של עצמם, כמו שם, רשימת אנשי קשר, העדפות שונות ואמצעי תשלום. למרות שבחלק מהמקרים מופיעים "תנאי שימוש" בפלטפורמות המקוונות – המשתמשים בדרך כלל אינם טורחים לקרוא את המסמך הרלוונטי, משום שהוא ארוך ומסועף. אלה הטורחים לקרוא – ממילא אינם יכולים לנהל משא ומתן על תניה כזו או אחרת, ומבחינתם הבחירה היא "הכל או כלום" (take it or leave it). גם צרכנים שמסכימים פוזיטיבית למסור מידע אישי, בדרך כלל אינם יודעים למי יש גישה למידע שמסרו, באיזה מהמידע שנמסר יעשה שימוש, איך ומתי משתמשים במידע ולאיזה צורך, מתי נמכר המידע ובאלו תנאים מסחריים, כיצד הוא מאוחסן ומהי הגנת הפרטיות שהם זוכים לה, אם בכלל.<sup>12</sup> יש לשים לב שמידע בעל אופי אישי נצבר על המשתמש גם מבלי שהוא מוסר פרטים כלשהם: מן המפורסמות היא שכל שימוש ברשת מותיר אחריו עקבה דיגיטלית. המשתמש משאיר אחריו סימנים מעצם השימוש, כגון היסטוריה של גלישות קודמות באתרים שונים, עבר של עסקאות ורכישות, קבצים ותמונות שהעלה או קיבל. לצד נכונותם של משתמשים רבים לשתף נתונים, גדלה גם כמות הנתונים שהטכנולוגיה מאפשרת לאסוף על המשתמשים ללא צורך בהסכמתם ואף ללא ידיעתם.

שימוש במידע אסימטרי הוא בעל השלכה על מבנה השוק ועל תנאי התחרות בו. היכולת של חברות טכנולוגיה לאגור כמות אינסופית של מידע שאינו שוקף למשתתפים בשוק יוצרת חסם כניסה עבור מתחרים פוטנציאליים.<sup>13</sup> חברות מקוונות מפתחות מודלים עסקיים הנסמכים על מידע פרטי על אודות גולשים כגורם מפתח למסחר; המידע שנצבר ברשת מתורגם להכנסות של אותן הפלטפורמות מפרסומות. שימוש בפרסום כמקור מימון בלעדי, ולמצער עיקרי, תורם למוטיבציה של הפירמות לאסוף עוד ועוד נתונים על הצרכנים ועל הרגלי הצריכה שלהם. מידע על הצרכנים הוא מצרך יקר ערך שהפירמה מסוגלת לנצל לטובת עסקיה. פלטפורמות דיגיטליות ממקסמות את השימוש הזה, שכן הן יכולות לעבד את המידע ולהשתמש בו למגוון רחב של מטרות מסחריות, כמו זיהוי ביקוש צרכני ודיוק בהנגשת מוצר לקהל היעד. נתונים על אודות העדפות צרכנים מהווים נכס אסטרטגי המאפשר לפלטפורמה לשמור על יתרון תחרותי כלפי מתחרים; אך המידע הפרסונלי על אודות משתמשים עלול להיות מנוצל לפרקטיקות פוגעניות במישור של רווחת הצרכן, כמו אפליית מחירים: כאשר פירמה מסוגלת להבחין בין צרכנים לפי

11 ראו למשל Ian Blair, *Mobile App Download and Usage Statistics*, BUILDFIRE (2021), <https://buildfire.com/app-statistics/> (last visited Jan. 31, 2021).

12 ראו למשל Allen P. Grunes & Mautice E. Stucke, *No Mistake About It: The important role of Antitrust in the Era of Big Data*, THE ANTITRUST SOURCE 1, 12 (University of Tennessee Niva Elkin-Koren & Michal S. Gal, *The Legal Studies Research Paper no. 269*, 2015). ראו גם *Chilling Effect of Governance-by-Data on Data Markets*, 86 U. CHI. L. REV. 403, 414 (2018).

13 Daniel L. Rubinfeld & Michal S. Gal, *Access Barriers to Big Data*, 59 ARIZ. L. REV. 339 (2017). המחברים עומדים על ערכו המסחרי הרב של "המידע הגדול" (Big Data) ההופך אותו ל-game-changer, משום שהוא מאפשר לשפר החלטות עסקיות תוך הפחתת סיכונים. המשקל הרב של המידע מקנה לו כוח של חסם כניסה אל השוק, ועל כן הוא בעל השלכות תחרותיות.

תועלות אישיות, נוצר תמריץ לגבות מהצרכן לפי יכולת אינדיבידואלית ותוך ניצול מרבי של עורך הצרכן. הפעילות במרשתת מאפשרת לבצע אפליה כזו ביתר קלות: בעוד שבעולם הפיזי המוצרים עומדים על המדף ומחיריהם שווים לכל דורש, הרי שבעולם האינטרנטי המוצרים מוצעים פרסונלית לכל גולש, בדרך כלל מבלי שהאחד יודע על המחיר שהוצע לחברו.<sup>14</sup> פלטפורמות דיגיטליות נהנות מגישה למידע רב, הרבה יותר מאשר פלטפורמות מסורתיות.<sup>15</sup> בעשור האחרון אנו עדים גם למגמה של עליה חדה במיזוגי חברות מבוססות נתונים, משום שבעלות על נתונים הפכה להיות גורם מרכזי ביצירת יתרון תחרותי.<sup>16</sup> לכאורה, אין פסול בפעילות מבוססת מידע, המאפשרת לשפר ביצועים. ואולם כאשר פירמות מבססות את פעילותן על איסוף, אחסון וניתוח מידע, לצד אספקת שירותים חנימיים כדי להמשיך ולאסוף נתונים, יש להן תמריץ חזק למנוע מהמתחרים גישה חופשית למערכי נתונים המאיימים על היתרון התחרותי שלהן. כתוצאה מאיסוף שיטתי של מידע על אודות העדפות צרכנים, צפוי להיווצר חסם כניסה טכנולוגי.<sup>17</sup> כאשר שחקן דומיננטי בשוק מחזיק במידע משמעותי על אודות העדפות צרכנים, המידע הופך לחסם בפני שחקנים חדשים. לכן, בזכות שליטה במידע בעל ערך, חברות טכנולוגיה הן בעלות פוטנציאל להיהפך למונופול.

זרימת מידע חופשי בשוק נתפסת כתנאי לשוק תחרותי. ג'ורג' אקרלוף, זוכה פרס נובל בכלכלה בשנת 2001, הסביר במאמרו המפורסם על "שוק הלימונים", כיצד כשל בשוק המידע – כאשר המידע אינו זמין לשחקנים בשוק – צפוי להוביל לקלקול של השוק, עד כדי כך שכל מה שיישאר בו הוא מסחר במוצרים ירודים (בחירה שלילית).<sup>18</sup> הבחנה זו נכונה לעולם המוצרים המוחשיים. בעולם הדיגיטלי, צבירת מידע אסימטרי (היעדר שקיפות) מקלקלת את השוק מכיוון אחר: היא מאפשרת צבירת עוצמה כלכלית אדירה בידי חברות מעטות. אנו צופים בכשל שוק שצפוי להוליד מונופול.

במישור המצרפי, להבדיל מהמישור הפרטי, נראה כי פריטי מידע בודדים אינם יוצרים ערך אסטרטגי. אולם העובדה שפריטי מידע בודדים נראים טפלים בעולם העסקי, אינה אלא צבע הסוואה לכך שכמות אדירה של פריטים בודדים היא בעלת ערך אסטרטגי עצום לחיזוק כוח שוק ולהיווצרותם של מונופולים גדולים. טענתנו היא, שצבירת מידע אסימטרי בידי מעצמות הטכנולוגיה אינה מתמצית בעולמו של היחיד. אין לטעות ולסבור שהשיח על המידע הפרטי

14 Caro עמד על הקשר בין שווקים דיגיטליים למניפולציות שספקים מסוגלים להפעיל על הצרכנים; העובדה שלפיה השוק הדיגיטלי מאפשר פרסונליזציה של הצעות לצרכנים מקלה על פרקטיקות מניפולטיביות. ראו Ryan Calo, *Digital Market Manipulation*, 82 GEO WASH. L. REV. 995 (2014). ראו גם Daniel Susser, Beate Roessler & Helen Nissenbaum, *Hidden Influence in a Digital World*, 4 GEO. L. TECH. REV. 1 (2019). המחברים מבקשים ליצור אמות מידה להבחנה בין מניפולציות דיגיטליות לבין פרקטיקות לגיטימיות של שיווק ושכנוע.

15 ראו למשל Howard A. Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1683 (2013).

16 ראו למשל Grunes & Stucke, לעיל ה"ש 12, בעמ' 3.

17 למשל Rubinfeld & Gal, לעיל ה"ש 13.

18 George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970).



ברשת הוא שיח זכויות (החשוב כשלעצמו). מדובר בשיח על אופיו הפתוח של השוק כזירת מסחר תחרותית המאפשרת לרבים להציע בה את מרכולתם. צבירת מידע אסימטרי בידי מעצמות טכנולוגיה היא בעלת השלכות רוחב כלליות ורחבות היקף, המשפיעות על יעילות השוק ועל רווחת הפועלים בו, מתחרים וצרכנים. ה"פרטיות" של המידע אינה יכולה להישאר כשאלה במתחם המסורתי של הגנה על זכויות האזרח, אלא שהיא הופכת לסוגיה בתחום דיני התחרות.

#### ד. על פרסום, מוצרים חינוכיים, אפקט הרשת ורווחיות לא מידתית

הכלכלה האינטרנטית היא בעיקרה כלכלה מבוססת פרסום. מודל מסחרי נפוץ הוא להציע לצרכנים שירותים ומוצרים חינוכיים במטרה להשיג מהצרכנים עוד ועוד מידע בעל ערך, המסייע למפרסמים לפנות לקהל ייעודי. כך, שירותי חיפוש רבים ניתנים למשתמש "בחנם", ללא תמורה כספית. דוגמאות מוכרות הן חיפוש מידע בגוגל, שימוש באפליקציות יישומיות כגון תרגום משפה לשפה (Google Translate), אפליקציית המפות ודרכי הגעה (Google Maps); ניווט דרך תוכנת Waze; חילופי מסרים ותמונות באמצעות תוכנת מסנג'ר או Whatsapp, ועוד. פעילות אינטרנטית ענפה מתאפשרת באמצעות מימון המגיע מצד מפרסמים תוך הפרדה בין "לקוחות" ל"משתמשים". ה"לקוחות" הם המפרסמים – צדדים שלישיים שאינם צד ישיר לאינטראקציה בין הפלטפורמה הטכנולוגית לבין המשתמשים. המפרסמים משלמים לספק הטכנולוגיה עבור פרסום מפולח לפי מאפייני המשתמשים. מימון שהוא מבוסס פרסום מאפשר לספק הטכנולוגיה להציע למשתמשים מוצרים ללא תשלום כספי. מוצרים חינוכיים מזמינים את המשתמש ליהנות מהשירות מבלי לשלם עבורו בכסף. אך המשתמש משלם עבור השימוש בדרך עקיפה ובדרך כלל בלתי מודעת: התשלום נעשה באמצעות איסוף שיטתי של מידע פרטי על אודות המשתמש בעת שהוא גולש באינטרנט, ומסחור של המידע הפרטי על ידי הפלטפורמה לצורכי רווח.

מהן העלויות? ראשית, מודל מימון מבוסס פרסום עלול לכרסם ביעילות העסקה שבין המשתמש לספק. לדוגמה, כשמדובר במסחר מקוון בדרך כלל לא מתקיים משא ומתן בין צדדים לעסקה המגיעים לעמק השווה, אלא זו עסקה שתכניה מוכתבים מראש ומוצעים לצרכן על ידי ספקים, בבחינת "קח או עזוב". מודל זה, כשהוא מבוסס נתונים אישיים, מעמיד את הצרכן בנחיתות ומחייב זהירות צרכנית. התבססות על המפרסם כגורם מממן מחריפה את הסיכון: המפרסם, כגורם מממן של הפעילות, ישאף להשפיע על תכני העסקה ולמצער על הדרך שבה היא מוצגת, כדי להגביר את החשיפה של הצרכן לפרסומות. למשל: כדי להגיע לקהלי יעד, תוכן הידיעה המוצגת בפלטפורמה עשוי להיות מעוצב בדרך מניפולטיבית שתזמין כניסת משתמשים, כדי שאלה יצפו בפרסומת המיועדת להם בהתאם לפרופיל הצרכני שלהם, ויטו לבצע עסקאות מקודמות. למעשה, אנו עדים להפקעה מסיבית של מידע פרטי מידי ציבור המשתמשים לידי החברות, משום שהטכנולוגיה מאפשרת לשאוב ולאגם את המידע בדרך בלתי-נראית לעין, תוך הפעלת מניפולציות טכנולוגיות כלפי המשתמשים.<sup>19</sup>

19 מניפולציה טכנולוגית עלתה לדיון בת"א (מחוזי מר') 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd (פורסם בנבו, 26.8.2019), בית המשפט מפי השופט א' שורץ קיבל את טענתה של

שנית, הרשת היא מערכת הנוטה מטבעה לייצר מונופולים: ככל שרשת משתמשים גדולה יותר, כך ערך השימוש עבור כל פרט הוא גבוה יותר. שני הצדדים נהנים: צד המשתמשים נהנה ממגוון רחב של אפשרויות המוצעות לו מידי ספקים רבים; צד הספקים נהנה מחשיפה לקהלי יעד צרכניים גדולים. זו תופעה כלכלית ידועה הדוחפת להיווצרות רשת גדולה, והיא מוכרת בספרות כ"אפקט הרשת" (network effect).<sup>20</sup> שימוש אסימטרי במידע מעצים תופעה זו: ככל שחברה דיגיטלית צוברת מידע רב יותר על משתמשים, היא יכולה לפעול בשוק באופן מדויק וחכם יותר, ובדרך זו להגדיל עוד יותר את ציבור המשתמשים. התוצאה הבלתי-נמנעת היא היווצרותן של רשתות מונופוליסטיות.<sup>21</sup>

כל אחת ממעצמות האינטרנט הידועות כיום – גוגל, פייסבוק, אמזון, אפל – מוכרת כחברה האוגרת נתונים רבים על אודות משתמשיה במרחב הפעילויות המבוצעות ברשת ובכל זמן נתון. אגירת המידע איננה סתמית או אקראית: החברות הללו מיומנות מאוד בהפיכת הנתונים לידע בעל ערך מסחרי. דומה כי הדבר הפך להיות מן המפורסמות שאינו טעון עוד הוכחה.<sup>22</sup> מדובר בנתונים שנובעים משימוש הגולשים במערכות הממוחשבות החינמיות שמציעות חברות אלה. כאמור, מוצרי חינוך מהווים מודל עסקי המושך משתמשים לצורך ללא תשלום, בדרך כלל מבלי שהם ערים להיקף שאיבת הנתונים המתבצעת על ידי החברות בכל צריכה. נתוני השימוש האישיים מעובדים ומשמשים לפילוח הגולשים כך שניתן לחשוף אותם לפרסומות ממוקדות ולהציע להם עוד ועוד מוצרים של אותן פירמות, ההולכות ומתעצמות עם ריבוי המידע הפרטי.

גוגל שלפיה האתר האינטרנטי הפר את הסכם ההתקשרות, כשהפעיל על הגולשים מניפולציות להגברת הקלקות של גולשים על קישורים לפרסומות.

20 Joseph Farrel & Garth Saloner, *Standardization, Compatibility and Innovation*, 16 RAND J. ECON. 70 (1985); Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424 (1985); W. Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns and Lock-in by Historical Events*, 99 ECON. J. 116 (1989); Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, 8 J. ECON. PERSP. 93 (1994); S.J. Leibowitz & Stephen E. Margolis, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, 8 J. ECON. PERSP. 133 (1994); William E. Cohen, *Competition and Foreclosure in the Context of Installed Base and Compatibility Effects*, 64 ANTITRUST L.J. 535 (1996); Richard A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, 68 ANTITRUST L.J. 925 (2001); Lawrence A. Sullivan, *An Inquiry into Antitrust, Intellectual Property, and Broadband Regulation as Applied to the New Economy*, 52 CASE W. RES. 41 (2001)

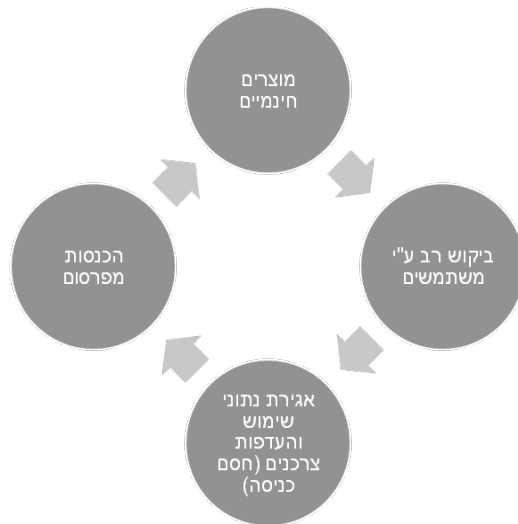
21 Nicholas Economides, *לאפקט הרשת ולזיקה בינו לבין היווצרות מונופולים ראו למשל*, *Competition Policy in Network Industries: An Introduction*, in THE NEW ECONOMY AND BEYOND: PAST, PRESENT AND FUTURE 96, sec. 3.1 (Dennis W. Jansen ed., 2006); Pin Lauren, Jen-Chieh Yang & Yu-Ping Chiu, *The Network Effects and Efficiencies in Multisided Markets* (2017); Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, *How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy, and Democracy*, 32 BERKELEY TECH. L.J. 1239 (2017)

22 כדי לסבר את האוזן, נרשה לעצמנו להפנות למקור שאינו אקדמי: בסרט "פרטיות ופוליטיקה" (The Great Hack), שיצא ביולי 2019 בנטפליקס, מסופר כי על כל גולש באינטרנט נאספים כ-5,000 שדות נתונים ממקורות מקוונים שונים – גלישה באתרים שונים, קניות, צפיות וכדומה.

ניתן להסכים שכל פיסת מידע בודדת אינה מהווה מוצר שוק ואינה מאפשרת מסחר. הכמות האדירה היא זו שמאפשרת מסחר. ה"דלק" המממן את הפעילות הוא המידע הפרטי של המשתמשים: הנתונים על אודות גלישות, הורדות, תקשורת, הודעות, רכישות וכיו"ב – כל מה שאי פעם כתבנו, ביקשנו, פנינו, צפינו, העלנו, שלחנו ורכשנו ברשת. זהו מידע שאינו נראה לעין הפרטית: הגולש עצמו בדרך כלל אינו מודע לעקבות הדיגיטליות שהוא מותיר אחריו בכל שימוש. ואולם כל מה שהמשתמש הקליד והקליק – מנוטר ונרשם, נעקב ונאגם, מקוטלג ומנותח בידי החברות הדיגיטליות לצרכים מסחריים והשאת רווח.

איור 2 מציג כיצד נסגר מעגל: מוצר או שירות דיגיטלי שמסופק ב"חינם" מזמין נחשול של משתמשים; נתוני העדפות של הגולשים נצברים ומנותחים על ידי חברות דיגיטליות באמצעות אלגוריתמים שאינם שקופים, ובכך יוצרים סביבה של מידע אסימטרי; תובנות המתקבלות מהניתוח האלגוריתמי משמשות לפרסום פרסונלי וממוקד; וההכנסות מפרסום הן מקור הכנסה המאפשר לפירמות להציע מוצרים ושירותים נוספים ממוקדי יעד. ככל שהמידע הפרטי הנצבר רב ומגוון יותר, כך ניתן לדייק את הפניות המסחריות שהחברות מבצעות אל הגולשים, לחזק אחיזה בשווקים קיימים ולהרחיב את הפרישה לשווקים נוספים.

**איור 2: מעגל מונופול המידע – המקרה של מימון על ידי פרסום**



ניתן לטעון שמדובר במונופולים טבעיים, אשר צד התועלת בהם עולה על העלות. כך, אנחנו נהנים מגודל האינדקס של מנוע החיפוש המאפשר לנו למצוא במהירות תשובות לכל שאלה העולה על הדעת; נוח לנו למצוא בגוגל מסעדה או חנות כראות עינינו, לגלוש לאתר תיירות רלוונטי ולעיין בתוכן, ומשם לצלול למפה של Google Maps לניווט הנסיעה. אנו בוחרים להיות חלק מרשת חברתית גדולה משום שרשת רבת משתתפים מאפשרת אינסוף קשרים חברתיים וחיפוש רחבה למגוון של ערוצי מידע. אלה הם שירותים נוחים, יעילים ומזמינים. אולם, ואף שאי אפשר להתעלם מהנוחות הרבה, אנו מזמינות את הקוראות והקוראים להכיר בצד הסכנות החבויות ברשת בטווח הארוך:

**ראשית**, וכפי שכבר ציינו, קיימת סכנה לפרטיות הגולשים. מדובר במידע אישי רב ומגוון שעובר ונשלט ללא שקיפות על ידי חברות מסחריות. אלה שואפות להשיא את רווחיהן, ואינן רואות לנגד עיניהן את טובת הצרכן ככזו.<sup>23</sup>

**שנית**, קיים סיכון למונופוליזציה, הנובע מהשילוב העוצמתי בין אפקט הרשת לבין קיומו של מידע אסימטרי. מחירי חינם נראים אטרקטיביים לצרכנים בטווח הקצר; ואולם בטווח הארוך הם צפויים להעלות את חסמי הכניסה אל השוק ולהקשות על כניסת מתחרים.<sup>24</sup> אין צורך לומר שכאשר מדובר במונופולים, הבעיה מחריפה: הצרכן הופך תלוי בהם ובשירותיהם משום היעדר תחליפים. בעידן שבו המידע האישי על הצרכן מצוי בידי חברות טכנולוגיה גדולות, ושעה שהצרכן מקבל הצעות ייעודיות ישירות לטלפון הנייד (לכאורה ב"חינם"), מחיר המוצר מאבד את ערכו כסמן של שיווי משקל. המחיר אינו יכול לספק אמת-מידה נכונה בעולם של מוצרים המסופקים ללא תשלום כספי. בעולם כזה נדרשת הסתכלות גם על ערכו של מידע פרטי, ואפני השימוש בו והשלכותיהם. שימו לב: המידע הפרטי אינו נאגם אך לצורך פרסומת פרסונלית, שכוחה יחסית מתון; מדובר גם ביכולת פוטנציאלית של מונופול להתאים את מחיר המוצר או השירות למשתמש הספציפי, המקבל את הצעת העסקה באופן פרסונלי ובמחשב האישי – ובדרך זו לגבות ממנו את מרב עודף הצרכן שהוא מסוגל לתת.

**שלישית ומעבר לכול**, לגוף מונופוליסטי אין תמריץ ממשי לחדש. תאוריה ומציאות מוכיחות כי תנאי לחדשנות ולהמשך הצמיחה הכלכלית הוא קיומו של איום תחרותי מתמיד, המדרבן את השחקנים להמציא ולפתח ולהתמודד מול כניסה פוטנציאלית של טכנולוגיות חדשות ויזמות עסקית.<sup>25</sup> חברות שאינן חשופות לתחרות צפויות "לנוח על זרי הדפנה", כמאמרו הידוע של קנט ארו.<sup>26</sup> תוצאה פוטנציאלית זו איננה לטובת הצרכנים, וצפויה לפגוע ביעילות השוק בכללותו.

23 למאמר הסוקר בהרחבה טכנולוגיות מעקב הרווחות כיום בתעשייה (online tracking technologies), כגון cookies, flash cookies, browser fingerprinting, ראו Omer Tene & Jules Polonetsky, *To Track or Do not Track: Advancing Transparency and Individual Control in Advertising*, 13 MINN. J. L. SCI & TECH 281 (2012). במאמר נוסף ו Polonetsky קוראים לאזן בין התועלות החברתיות והכלכליות הטמונות במידע רב הזורם ברשת, לבין הצורך להגן על הפרטיות. ראו Omer Tene & Jules Polonetsky, *Privacy in the Age of Big Data: A Time for Big Decisions*, 64 STAN. L. REV. ONLINE 63 (2012).

24 לניתוח פרקטיקה של "מוצרי חינם" מצד מונופולים ראו למשל Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, *The Hidden Costs of Free Goods: Implications for Antitrust Enforcement*, 80 ANTITRUST L.J. 521 (2016).

25 לדיון בויקה שבין מונופול לחדשנות ראו איריס סרוקר "**הפקעת ההגנה הקניינית מבעל הפטנט בנקודת היהפכותו למונופול**" עיוני משפט כט 509, 529 (2006).

26 התזה שפיתח הכלכלן ארו (Arrow) במאמר מוביל משנת 1962 משווה בין התמריץ של המונופול לבין התמריץ של המתחרה לעסוק בפעילות חדשנית. ארו הצביע על כך שהמונופול כבר גורף רווח עודף בגין המוצר הקיים. מכיוון שכך, הוא עושה השוואה בין הרווח המתקבל בגין המוצר הנוכחי לבין הרווח הצפוי לו כתוצאה מן הפעילות החדשנית. גם המתחרה משווה בין הרווח הנתון לבין הרווח הצפוי מן החידוש. ההבדל נעוץ בכך, שרווחיו הנתונים של המתחרה הם רווחים תחרותיים, בעוד שרווחי המונופול הם מונופוליסטיים. הפער בין הרווח הקיים לרווח הצפוי הוא קטן יותר כאשר מדובר במונופול וגדול יותר כאשר מדובר במתחרה. המתחרה צפוי להרוויח יותר מן המוצר החדש. על כן, מסיק ארו, יש למתחרה תמריץ גבוה יותר לחדש. ראו Kenneth J. Arrow, *Economic*

אכן, גם בעולם הפיזי קיימים מונופולים. מונופולים עשויים להיווצר כתוצאה מיתרונות לגודל, מיכולת כספית או מיתרון עסקי אחר, כמו גם מתמיכה ממשלתית שבפועל דחפה קדימה גוף עסקי מסוים. בעולם הדיגיטלי, הדחיפה למונופול היא חזקה ועוצמתית יותר. אנו מבקשות לחבר בין שלושה גורמים מרכזיים ההופכים את העולם הדיגיטלי לזירה שהיא "מועדת לפרענות מונופוליסטית":

**הגורם הראשון** הוא היכולת הטכנולוגית לנטר, לאגור ולנתח כמות גדולה של נתונים בכל רגע נתון ולצרכים מסחריים. זרימת המידע ברשת מתייחדת בזה שהיא אינה אקראית; היא עקבית ושוטפת. היא גם לא מדגמית; היא כללית, כוללת ומדויקת. זרימת נתונים ברמה ואיכות כזו ניתנת להמרה לערכים של רווח. בנקודה זו ראוי לשים לב לרווחיות העודפת שמעצמות הטכנולוגיה מסוגלות להפיק: מקובל לומר שרווחיות של כ-10% נחשבת לרווחיות סבירה; גוגל נהנית מרווחיות של כ-24% ולפייסבוק רווחיות של כ-27% (הנתונים נכונים לשנים 2009–2018).<sup>27</sup> מושג ה־rent seeking מתייחס להשגת רווחיות עודפת בדרכים אסטרטגיות, כגון שתדלנות אצל מחוקקים.<sup>28</sup> במושג זה דבק הקשר שלילי משום שלא מדובר ברווחיות המייצרת צמיחה ותועלת חברתית. מדובר ברווחיות שאינה יצרנית ואשר נשארת בידי מספר מצומצם של מרויחים.

**הגורם השני** הוא תכונת הרשתיות: העובדה שכולם מחוברים לכולם. הרשת מסייעת לשיתוף מהיר ורחב של מידע מסוגים שונים ועם פרטים רבים. באופן אינטואיטיבי, המשתמשים חשים ופועלים לפי חוקי מטקאלף וריד, המלמדים על הערך עבור הפרט הטמון בהשתייכות לרשת גדולה.<sup>29</sup> ערך זה דוחף להצטרפות פרטים רבים לרשת אחת בתהליך מהיר, בבחינת "המנצח גורף את כל הקופה" (The winner takes it all). הטכנולוגיה שתפסה תחילה עשויה להתפתח עד כדי סטנדרט טכנולוגי או סטנדרט דה־פקטו, אשר סביבו תיסוב התעשייה כולה.

**הגורם השלישי** הוא חסר בתגובה רגולטורית מהירה ומותאמת, הנובע מהקושי של הרגולטורים להגיב לסביבת הרשת המתחדשת והמשתנה.<sup>30</sup> הבסיס לרגולציה המוכרת בתחום דיני התחרות מבוסס על ניתוח מצבו התחרותי של השוק, בהינתן מספר המתחרים והמחירים שהם גובים. אך מה הדין במקרה של פירמה שאינה גובה מחיר עבור חלק משירותיה אלא נותנת אותם חינם־אין כסף? בזכות יסוד החינמיות נבנה ביקוש צרכני אדיר שמצטרף לאפקט המעבר

*Welfare and the Allocation of Resources for Invention, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS* 609, 619–622 (National Bureau of Economic Research ed., 1962)

27 ראו נתונים שפורסמו ביחס לרווחים של פייסבוק בשנים 2009–2020: [www.macrotrends.net/stocks/charts/FB/facebook/profit-margins](https://www.macrotrends.net/stocks/charts/FB/facebook/profit-margins); כן ראו נתונים ביחס לגוגל: <https://reut.rs/2N6tc7G>

28 ראו למשל Robert D. Tollison, *The Economic Theory of Rent Seeking*, 152 PUBLIC CHOICE 73 (2012).

29 לעניין זה ראו באופן כללי על חוק ריד, WIKIPEDIA, *Reed's Law*, [https://en.wikipedia.org/wiki/Reed%27s\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/Reed%27s_law); כן ראו באופן כללי על חוק מטקאלף: *Metcalfe's Law*, WIKIPEDIA, [https://en.wikipedia.org/wiki/Metcalfe%27s\\_law](https://en.wikipedia.org/wiki/Metcalfe%27s_law)

30 על הקושי של הרגולטורים להבין את הטכנולוגיה המתקדמת ולהתאים את כללי משפט ראו למשל Omer Tene, *The New Generations*, 1 INTERNATIONAL DATA PRIVACY LAW 15 (2011).

המהיר של מידע ברשת. ואולם לפני שהרגולטור מסוגל להבין את המתרחש, כבר ניצבים בפניו גופים מסחריים שמשרתים ציבורי ענק והם דה־פקטו מעצמות כלכליות. שלושת הגורמים הנ"ל נקשרים זה לזה ומאפשרים תהליך מואץ של מונופולזיציה.<sup>31</sup> ההתפשטות המהירה של מעצמות הטכנולוגיה מבוססת על איסוף מסיבי של נתונים, המשמש לבניית מעמד שוקי. משתמשים נקשרים לשירותים המוצעים להם בחינם, ובדרך זו מעצימים את אפקט הרשת. מכאן קצרה הדרך לרווחיות עודפת ובלתי־מידתית. רווחיות חריגה משפיעה לא רק על מבנה השוק; היא בעלת השלכה גם על רמת הדמוקרטיה שבה אנו חיים. היא יוצרת שלטון של מעטים האוחזים בהון רב ומסוגלים לנווט את התנועה של השוק.

### ה. על מתווכים דיגיטליים ושווקים דו־צדדיים

מהן הפלטפורמות הדיגיטליות? בקצרה נאמר כי זוהי צורת תיווך המאפשרת להרחיב את עולם העסקים כך שמכלול העסקים, גם בעלי עסקים זעירים, יוכלו לנהל עסקים חובקי עולם ברמת אינטנסיביות גבוהה. מבחינת מבנה השוק, הפלטפורמה יוצרת שוק דו־צדדי וגם רב־צדדי. זהו שוק שבו בעלי העניין משני צדדיו של השוק, ספקים וצרכנים, נהנים מיתרונות הדדיים של רשת גדולה. למשל, חברות כרטיסי אשראי מתווכות בין בעלי עסקים לבין צרכנים; ככל שיותר עסקים יכבדו את כרטיס האשראי הספציפי, כך יותר צרכנים ישתמשו באותו כרטיס אשראי. ככל שיהיו יותר צרכנים כאלה, כך יצטרפו לרשת עוד ועוד עסקים. תופעה זו צפויה להקטין את התחרות בשוק כרטיסי האשראי. מדובר באפקט רשת דו־צדדי.<sup>32</sup>

בעשור האחרון אנו עדים לצמיחה של שווקים דו־צדדיים (פלטפורמות) גם בזירה הדיגיטלית. ניתן לזהות שפלטפורמות דיגיטליות פועלות במבנה פעילות רב שלבי: תחילה, איתור צורך שהוא קל להבנה ושקיים בקרב קהל גדול; לאחר מכן, השקת אפליקציה שמאפשרת את פתרון הבעיה; ואז – חתירה ליצירה מהירה של קהל גדול משני צידי השוק – קונים ומוכרים. בתהליך של משוב חיובי או קישוריות מועדפת נוצרת רשת גדולה של משתמשים. הרשת יוצרת חסם כניסה לשחקנים נוספים בשוק ומסייעת ליצירת כוח שוק לפלטפורמה הקיימת. התלות בפלטפורמה עלול לגרום להיווצרות מונופול החולש על קהל יעד גדול.<sup>33</sup> המונופול גובה עמלה

31 במחקר מקיף על אודות פייסבוק, החוקרת Dina Srinivasan עמדה על הזיקה שבין אספקת מוצרים "בחינם" לבין היכולת לגרוף הון מונופוליסטי. Srinivasan בחנה את התפתחות שוק הרשתות החברתיות והמבנה שלו, והראתה כיצד שוק שהיה תחרותי בראשיתו הלך והתקבע על שירותיה של פייסבוק, שהפכה לשוק בפני עצמה. Srinivasan טוענת כי היכולת של פייסבוק לנטר ולסחור במידע פרטי על אודות פעילות צרכנית דיגיטלית משקפת את כוחה להפיק רווחים מונופוליסטיים. ראו Dina Srinivasan, *The Antitrust Case Against Facebook: A Monopolist's Journey Towards Pervasive Surveillance in Spite of Consumer's Preference for Privacy*, 16 BERKELEY BUS. L.J. 39 (2019).

32 שוק כרטיסי האשראי נותח כשוק דו־צדדי על ידי בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת Ohio v. American Express Co., 585 U.S. (2018).

33 ראו למשל Paul Langley & Andrew Leyshon, *Platform Capitalism: The Intermediation and Capitalisation of Digital Economic Circulation*, 3 FINANCE & SOCIETY 11 (2017).

עבור שירותיו ויכול להחליט על "חוקי המשחק" בפלטפורמה, כדוגמת המקרים של Uber או Airbnb. גם כאשר קיימות מספר חברות המתחרות בתחום, כמו במקרה של אמזון ועליבאבא, או אקספידיה ובוקינג, למעשה מדובר בתאגידי ענק בעלי עצמה כלכלית אדירה המסוגלים להכתיב מי ייכנס לפלטפורמה ובאלו תנאים.

כלכלת השווקים הדו־צדדיים יוצרת אתגר גדול לעיצוב מדיניות רגולטורית ראויה. מצד אחד, ממד הפלטפורמה נותן הזדמנות להגברת התחרותיות בשוקי מוצר שונים, בכך שהפלטפורמה מאפשרת לשחקנים חדשים להעמיד משאבים (גם פרטיים) לשימושים נוספים וחוזרים (כגון מוניות ובתי מלון). ואולם, התלות של השחקנים המתחרים בפלטפורמה הטכנולוגית מרכזת כוח רב בידי הבעלים של הפלטפורמה המתווכת. עלויות מעבר גבוהות – הנובעות מאפקט הרשת ומיתרונות לגודל – מאפשרות מונופוליזציה של השוק. בעל הפלטפורמה מרכז בידו מידע על אודות פרופיל הגולשים והעסקאות שנעשות, ויכול לנצל להפחתת תחרות. דוגמה מובהקת לכך היא היותה של אמזון גם חנות וגם מתווכת של חנויות. כמתווכת, אמזון אוספת מידע רב על עסקאות המפורזות בין בעלי עסקים קטנים. כך היא יכולה לזהות מגמות צרכניות. כספקית היא יכולה להציע מוצרי "מותג הבית" בחנות העיקרית שלה, מה שיוצר יתרון לא הוגן עבורה. פעילות בשני הכובעים מתמרצת את הפירמה לנצל מידע הזורם אליה בכובע אחד לטובת חיזוק מעמד השוק שלה בכובע השני.

גם בשווקים מסורתיים קיימים לא מעט גופי תיווך (כגון תיווך נדל"ן); אך בכלכלה הדיגיטלית, השפעת הפלטפורמה היא משמעותית ועוצמתית הרבה יותר. אפקט הרשת פועל בכלכלה האינטרנטית בשני צדי המתרחס: הן בצד הצרכנים והן בצד הספקים. שני הצדדים נהנים מגודלה של הרשת: הצרכנים נהנים מרשת גדולה, שכן זו מאפשרת להם תקשורת רחבה, זמינות עסקאות ומגוון רב של חלופות רכישה. בה במידה, גם הספקים נהנים: ככל שהרשת גדולה יותר, כך גדלים ערוצי השיווק והתקשורת, וקהלי היעד מתרבים. הייחוד של פלטפורמה דו־צדדית נעוץ בזה, שגודלו של צד אחד של המתרחס משפיע על רווחתו של הצד השני של המתרחס: ככל שישנם יותר ספקים בצד אחד, כך הצרכנים נהנים ממגוון רחב יותר; וגם ההפך נכון: ככל שישנם יותר צרכנים בצד האחד, כך גדלות הזדמנויות לעסקאות בצד הספקים. שוק דו־צדדי מעצים את אפקט הרשת, שכן הוא פועל בשני צדי המתרחס, המשפיעים זה על זה.<sup>34</sup>

יתרונות הגודל של שוק דו־צדדי אינם נטולי חיסרון. רשת מונופוליסטית עלולה להימצא "גדולה מדי"; כלומר כזו שאין לה מתחרים. בהיעדר תחרות אפקטיבית, צפויים להתפתח כשלי שוק פוגעניים: צד הצרכנים נחשף לתופעה של קהל שבוי, כאשר אין לו חלופות טובות דיין לנוע אליהן. הוא הדין בצד הספקים: גודלה של הרשת עשוי להיטיב עמם עד לגבול שבו הם תלויים במרכזיות ובריכוזיות של הפלטפורמה המהווה חסם כניסה לשחקנים חדשים בענף. כך נוצרת

34 לניתוח פלטפורמות דו־צדדיות במשקפיים של דיני האנטי־טרסט האמריקניים ראו למשל Herbert Hovenkamp, *Platforms and the Rule of Reason: the American Express Case*, 201 COLUM. L. REV. 102 (2019).

תשתית להתפתחות פרקטיקות מונופוליסטיות ונצלניות ואנטי-תחרותיות. שוק דו-צדדי מעצים את אפקט הרשת, הן לחיוב והן לשלילה.<sup>35</sup>

זאת ועוד: התיווך הפלטפורמי אינו נעצר בעצם יצירת המפגש בין שני צידי השוק או בהעברת מידע בלבד, אלא הוא בעל כוח ישיר ומידי להשפיע על עיצוב העסקה ותכניה. הפלטפורמות אינן אדישות לתכני העסקאות שנעשות באמצעותן, שכן הן בעלות עניין בעסקאות עצמן. הפלטפורמות האינטרנטיות מאופיינות בכך שהן מסוגלות לאסוף מידע רב מהמשתמשים בפלטפורמה, ולעשות שימוש במידע הפרטי לצרכים מסחריים מגוונים, כגון בניית פרופילים צרכניים לפילוח השוק ולהכוונת פרסומות ממוקדות להגדלת הכנסותיהן. פרופילים צרכניים מאפשרים לפלטפורמה להציע שירותי פרסום פרסונלי המותאם למאפייניו של המשתמש: גיל ומגדר, רמת השכלה ומקצוע, חתך סוציו-אקונומי, תחומי עניין ויכולת כספית, טיב רכישות קודמות – והכול באמצעות איסוף מידע ועיבוד אלגוריתמי מתקדם של נתונים הנאספים אגב שימוש של הצרכן ברשת. המידע הרב והניתוח שלו מאפשר לפלטפורמה לזהות מראש צרכים וביקושים צרכניים ולחבר בצורה מדויקת ויעילה בין ספקים לקונים. אין להתעלם מכך ששימוש רב ואינטנסיבי במידע נחשב ליעיל, משום שהוא מאפשר לדייק את הצרכים של הקונים ושל המוכרים וכך לשפר את יעילות העסקה המושגת ביניהם. מה שמקלקל את החגיגה הוא שהמהלך אינו שקוף ואינו סימטרי: ספקי תוכן וצרכנים אינם נהנים מגישה למידע העומד לרשות הפלטפורמה המתווכת. המידע נאסף על ידי הפלטפורמה ועבורה, ומשמש אותה לקידום האינטרסים שלה, שאינם זהים לאינטרס של ספקי התוכן והצרכנים. זהו מידע שאופיו האסימטרי מזמין התנהלות אופורטוניסטית ובלתי-תחרותית.<sup>36</sup>

35 ראו בהקשר זה: Frank Pasquale, *When Antitrust Becomes Pro-Trust; The Digital Deformation*: of U.S. Competition Policy, CPI ANTITRUST CHRONICAL 1 (May 15, 2017). המחבר טוען כי אין לסמוך על כך ששווקים דו-צדדיים יגיעו לנקודת איזון אופטימלית בין ספקים לצרכנים, וזאת משום שהצרכן אינו יכול להמיר בקלות בין פלטפורמות דיגיטליות. המחבר קורא להחלת דיני האנטי-טרסט לא רק לצורך הגנת התחרות, כי אם גם להגנת מתחרים שקיומם בשוק חיוני להתפתחות התחרות.

36 הכוח הפלטפורמי להשפיע על תכני העסקאות הודגם לאחרונה בפרשת *American Express*, לעיל ה"ש 32. דובר בשוק כרטיסי האשראי, הנשלט בארצות הברית על ידי ארבעה מוסדות פיננסיים עיקריים: Visa, American Express, Discover ו-MasterCard. זהו שוק דו-צדדי, משום שחברות האשראי משרתות את שני הצדדים לעסקה – מצד אחד את מחזיקי האשראי (הצרכנים), ומצד האחר את בתי העסק (המוכרים). בין חברות כרטיסי האשראי קיימים פערים בכל הקשור לתשלום שהן דורשות מבתי העסק לשירות הסליקה; אמריקן אקספרס נמצאת בצד היקר, וגובה מבתי העסק עמלות גבוהות יחסית. הפערים בגובה העמלות יוצרים אצל הסוחרים תמריץ להטות לקוחות לעבור להשתמש בכרטיס אשראי שהוא "זול" יותר עבור בית העסק. אמריקן אקספרס ביקשה למנוע זאת, והטילה על בתי העסק מגבלות שמטרתן לאסור על ניתוב לקוחות (steering) לכרטיסי אשראי של חברות מתחרות (כגון בדרך של הצעת מחיר מוזלת לסחורה הנמכרת). ממשלת מדינת אוהיו ומדינות נוספות הגישו תביעה נגד אמריקן אקספרס, בטענה שאלה מגבלות פסולות: הן מחלישות את התחרות בין חברות כרטיסי האשראי ובעקיפין מייקרות את מחיר העסקה לצרכן. בית המשפט המחוזי בניו יורק קבע כי הוראות ל"איסור ניתוב לקוחות" (anti-steering) מפרות את "חוק שרמן", האוסר על "הגבלות בלתי-סבירות" של הסחר. בית המשפט לערעורים הפך וקבע כי התובעות לא הוכיחו שהוראות אי-הניתוב הסבו נזק תחרותי. בית המשפט העליון אישר את פסק הדין של בית המשפט לערעורים. נפסק כי בשוק דו-צדדי, אין להתייחס לכל צד של המתנס כשוק



בפרק הבא נעסוק בסטנדרטים טכנולוגיים. נראה, כי גם ללא אופורטוניזם, הרשת דוחפת לסטנדרטיזציה ומעלה את הסיכון למצבי קיבעון.

## 1. סטנדרטים טכנולוגיים ומניעת תאימות

ראוי לעמוד על תכונה חשובה נוספת של הרשת: זוהי הסטנדרטיזציה הטכנולוגית. סטנדרטים הם בעלי תפקיד חשוב בעולם המרושת, בפרט בכל הקשור לתשתית המאפשרת העברת מידע. מערכת הפעלה היא סוג של סטנדרט טכנולוגי שבאמצעותו ניתן לתקשר בין מחשבים באופן המאפשר להעביר מידע ולצפות בו ללא קושי, וזאת אף שמדובר במחשבים מבתי ייצור שונים. התכונה הרלוונטית נקראת תאימות (compatibility), והיא מסמנת מוצרים שהמבנה הטכנולוגי שלהם מאפשר להם "לדבר" זה עם זה.<sup>37</sup> בתחום המידע, הסטנדרטיזציה מאפשרת לשתף קבצים בצורה יעילה ללא היתקלות בבעיות טכניות, כגון הבדלי גרסאות של תוכנה או שימוש במערכות הפעלה שונות. זו הייתה דרכה של חברת מייקרוסופט כבר בשנות השמונים של המאה הקודמת: בעזרת מערכת ההפעלה חלונות (Windows), מייקרוסופט כבשה את שוק המחשבים האישיים; מהלך זה אפשר לה להשתלט על שוק משני, גדול וחשוב לא פחות: שוק היישומים המשרדיים, שבו שולטת חבילת התוכנות של "אופיס" למעלה מ-30 שנים.

התאימות היא תכונה בעלת השלכות מורכבות. היא יכולה לעודד תחרות אך גם למנוע אותה. לכאורה, ככל שרכיב טכנולוגי דומיננטי (כמו מערכת ההפעלה של מייקרוסופט) מתקשר באופן רחב עם יותר משתתפי קצה (כגון תוכנות ואפליקציות), כך תתאפשר גישה רחבה ומגוונת יותר אל מוצר התשתית ותגבר התחרות בין היישומים השונים. מצד שני, תאימות רחבה מאיצה את תהליך הפיכתה של הטכנולוגיה הדומיננטית לסטנדרט, ועלולה לקבע את השוק במצב מסוים הנותן עדיפות שוקית לפירמה האוחזת בסטנדרט. זאת ועוד: לעיתים, יצרנים יעשו שימוש במניעת תאימות כדי לדחוף לבלעדיות ולשמר קהל שבוי. למשל, בשוק קונסולות משחקי

נפרד, אלא להתבונן על שני צדי המתרחש כשוק רלוונטי אחד. לפיכך, אין די בכך שהפרקטיקה פוגעת בסוחרים; על התביעה להוכיח כי כתוצאה מהמגבלות נגרם נזק תחרותי: כגון שמחיר עסקת האשראי עלה מעבר למחיר התחרותי, שהיקף עסקאות האשראי פחת, או שרמת השירות ללקוח ירדה בעקבות הפרקטיקה הנבחנת.

נראה לנו שניתן לבקר את פסק דינו של הרוב: בשוק דו-צדדי, אף ששני צדי המתרחש אינם מתחרים זה בזה (מוכרים וקונים), הרי שהם קשורים ומושפעים זה מזה. לכן, פגיעה בצד אחד עלולה לפגוע גם בצד האחר. דעת המיעוט שכתב השופט Breyer, שלפיה אמריקן אקספרס פגעה בתמריץ של חברות האשראי להוריד את מחיר העמלות מעניינת לדעת המיעוט, שכן פרקטיקה לניחוח לקוחות אינה פסולה, אלא להפך: היא מעודדת תחרות. היא מאפשרת לסוחרים לתגמל לקוחות שבחרים להשתמש בכרטיסי אשראי זולים, ובדרך זו מקדמת תחרות בין חברות האשראי ומסייעת להוזיל את עלויות העסקה בכללותה. כך או אחרת, המקרה שנבחן בפרשה זו מאשש את הטענה שפלטפורמות הן בעלות עניין להשפיע על תכני העסקה.

37 על תכונת התאימות וחשיבותה לתקשורת בין מערכות טכנולוגיות ראו למשל Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities, competition, and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424 (1985).

הוודאו, היצרנים מבטחים את עצמם על ידי הסתמכות על תאימות מיוחדת בין אביזרי הטכנולוגיה לבין המשחקים. באמצעות מכירת הקונסולה, שואפים היצרנים ליצור נעילת לקוחות (locked-in customers), בכך שהלקוחות חייבים לרכוש משחקים התואמים את הקונסולה הספציפית שלהם. היצרנים גובים רווחים ממכירת משחקים ייעודיים לקונסולה ואביזרים נלווים. אסטרטגיה זו משמשת חברות כגון סוני, נינטנדו ומיקרוסופט, שהן המתחרות העיקריות בשוק קונסולות המשחקים.<sup>38</sup>

פרקטיקות של מניעת תאימות עלולה להיות מנוצלות להעצמת כוח שוק ולמניעת תחרות. דוגמה ותיקה לכך מהווה הפרשה בעניין *Microsoft* משלהי המאה הקודמת.<sup>39</sup> מיקרוסופט, כידוע, עוסקת בפיתוח ושיווק של מערכות הפעלה למחשבים אישיים. בתוך כך היא מפתחת ומשווקת את מערכת ההפעלה המפורסמת המכונה "חלונות" (Windows). לפי ממצאי בית המשפט, מיקרוסופט החזיקה בנתח של 95% מהשוק הרלוונטי. אחת הפרקטיקות שהפעילה הייתה קשירה בין מערכת ההפעלה "חלונות" לבין מוצר נוסף של מיקרוסופט – דפדפן האינטרנט Explorer. הקשירה הופעלה באמצעים חוזיים וטכנולוגיים. האמצעי החוזי היה לחייב יצרני חומרה להתקין על המחשבים המופעלים באמצעות "חלונות" אך ורק את דפדפן האינטרנט של מיקרוסופט. האמצעי הטכנולוגי היה לדאוג לכך שניסיונות מצד משתמשים למחוק את Explorer או להתקין את Navigator – דפדפן מתחרה מבית נטסקייפ, יתקל בחסימת תאימות, עד כדי שיבוש עבודת המחשב. הראיות הצביעו על כך שהמאבק האמיתי נסב על שליטה בשוק מערכות ההפעלה. תכונותיו המיוחדות של הדפדפן מאפשרות להפעיל עליו יישומי מחשב שונים, בדומה לתפקידה של מערכת הפעלה. מיקרוסופט חששה כי תפוצתו של הדפדפן המתחרה תיצור חלופה תחרות משמעותית כנגד "חלונות". תפוצה רחבה צפויה להזמין כתיבת יישומים רבים יותר המבוססים על הדפדפן המתחרה. באופן זה – וככל שהתפוצה תלך ותגדל – כך צפויה לגדול האטרקטיביות של הדפדפן המתחרה, באופן המאיים על "חלונות".

לאחר מאבק משפטי ממושך, בית המשפט מצא כי חלק מהפרקטיקות נעדרו הצדקה עסקית לגיטימית ונועדו לדחוק מתחרים.<sup>40</sup> לענייננו, חשוב לראות כי עליונות טכנולוגית יוצרת פיתוי לניצול אסטרטגי לדחיקת מתחרים. בחלוף כשני עשורים מאותה פרשה, פרקטיקות עכשוויות מצד גוגל (שתזכרנה להלן) מהדהדות את התנהלותה דאז של מייקרוסופט – שתיהן רותמות

38 לאחרונה, כך התברר, פינתה התחרות את מקומה לידידות, כאשר אנו רואים שיתוף פעולה בין מיקרוסופט לנינטנדו במטרה להגביר את כוחן מול סוני. התחממות היחסים באה לידי ביטוי בהקטנת חומות היעדר-התאימות בין קונסולה-משחק, כך שיותר משתמשי Xbox יוכלו ליהנות ממשחקי נינטנדו ולהפך; אך בינתיים לא ניתנה כניסה למשתמשי PlayStation. משמעות הידידות העולה בין מיקרוסופט לנינטנדו היא קיטון חד בתחרות, בשוק שהתחרות בו הייתה קטנה מלכתחילה. ראו – Ben Gillbert, *Nintendo and Xbox have an Increasingly Close Relationship* – *And There's a Simple Reason for That* (Apr. 10, 2019), <https://bit.ly/2UP5f8Q>

39 *United States v. Microsoft Corp.*, 87 F.Supp.2d 30 (2000) (U.S.). לפסק הדין של הערכאה הראשונה במחוז קולומביה ראו *United States v. Microsoft Corp.*, 253 F.3d 34 (2001) (U.S.).

40 לסקירה ודיון ראו איריס סרוקר "שיקולים תחרותיים בסוגיית התאימות" המשפט יד 647, 652–653 (2008).

אמצעים טכנולוגיים לביצור מעמדן השוקי.<sup>41</sup> נקודה חשובה היא להבין כי פרקטיקה טכנולוגית הדוחקת מתחרים עשויה להתרחש בצבעי הסוואה זוהרים של חדשנות. ממד החדשנות מקשה להעריך את איכות הפרקטיקה ולשקול אם היא נחוצה לגופו של עניין או שאין היא אלא אסטרטגיה לדחיקת מתחרים. מטבע הדברים הוא שרגולטורים ובתי המשפט נתקלים בבעיות מידע ונרתעים מהתערבות בבחירות טכנולוגיות של יצרנים. שעה שרגולטורים ובתי משפט רודפים אחר הבנת הטכנולוגיה, כבר נוצרות עובדות בשטח, וקשה לתקנן.

## ז. אסטרטגיות של השתלטות

לצד אסטרטגיות טכנולוגיות, עלינו לשים לב לאסטרטגיות של מיזוגים. מיזוגי ענק (כמו בין פייסבוק לבין אינסטגרם ו־ווטסאפ, והמיזוגים בין ווייז ופיטבייט לבין גוגל) מאפשרים לחברות להרחיב את הגישה שלהן למסד נתונים רחב היקף על אודות הגולשים. לצד הרחבת ההחצנה של הרשת, קל להבחין כי קצב מואץ של רכישת חברות הזנק דוחף למונופוליאציה של השוק. המקרה של אמזון מוכיח זאת. מחקר פורץ דרך בעניין זה נעשה על ידי לינה קאהן.<sup>42</sup> מחקרה מהווה ניסיון חלוצי להתמודד עם האתגר שמציבים שווקים מקוונים. קאהן שאלה, כיצד על דיני האנטי־טרסט (תחרות) האמריקנים להתמודד עם התנהלות עסקית "מתפשטת" של מעצמות אינטרנט, הפועלות באופן שיטתי לצבירת נתחי שוק בענפים רבים, לכאורה בכלים מסחריים לגיטימיים. המחקר לימד על אסטרטגיית התמחור של אמזון בעת שמכרה ספרים אלקטרוניים (e-books): לאורך שנים, אמזון החזיקה בשולי רווח נמוכים. בד בבד, מיזוגים שעשתה עם חברות יצרניות וקמעונאיות (לדוגמה Wholefoods) הכניסו אותה לענף של אספקה פיזית של סחורות, לצד המסחר המקוון. השילוב בין פיזי למקוון צפוי ליצור חסמי כניסה עבור שחקנים חדשים. המשקיעים באמזון תמכו באסטרטגיה העסקית שלה: מחיר המנייה של אמזון עלה

41 ברשימה קצרה וקולעת, Elizabeth Warren עמדה על חשיבות התביעה הפדרלית משנות התשעים כנגד מיקרוסופט לסלול את הדרך לכניסה של חברות אינטרנט חדשות. Warren עומדת על הסכנה החברתית הרחבה של מונופולים טכנולוגיים וקוראת לפרק את חברות הענק: "In the 1990s, Microsoft – the tech giant of its time – was trying to parlay its dominance in computer operating systems into dominance in the new area of web browsing. The federal government sued Microsoft for violating anti-monopoly laws and eventually reached a settlement. The government's antitrust case against Microsoft helped clear a path for Internet companies like Google and Facebook to emerge. The story demonstrates why promoting competition is so important: it allows new, groundbreaking companies to grow and thrive – which pushes everyone in the marketplace to offer better products and services. Aren't we all glad that now we have the option of using Google instead of being stuck with Bing? Today's big tech companies have too much power over our economy, our society, and our democracy. They've bulldozed competition/ use our private information for profit, and tilted the playing field against everyone else. And in the process, they have hurt small business and stifled innovation." ראו Elizabeth Warren, *It's Time to Break Up Amazon, Google, and Facebook*, *Here's How we Can Break Up Big Tech* (Mar. 8, 2019), <https://bit.ly/2WHO2SI>

42 ראו Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710 (2016).

לאורך השנים, על אף שולי הרווח הצרים. כלומר, המשקיעים נתנו לאמזון אפשרות חופשית לגדול מבלי שהפעילו לחץ לראות רווחים מידיים. אסטרטגיה עסקית משולבת, של מחירי רצפה לצד מיזוגים אינטנסיביים – הפכו את אמזון בהדרגה למונופול בשוק הקמעונאי. כיום אמזון היא עסק תמנוני: פלטפורמת שיווק אינטרנטית, רשת אספקה ולוגיסטיקה, שירותי תשלום ואשראי, בית מכירות פומביות, מוציאה לאור גדולה, מפיקת תכניות טלוויזיה וסרטים, מעצבת אופנה, יצרנית חומרה וספקית מובילה בשירותי ענן וכוח מחשוב. אסטרטגיה עסקית וחסר רגולטורי אפשרו לה לצבור דומיננטיות עסקית חסרת תקדים.

### ה. מתחפרים בעמדה

בשווקים רגילים (שאינם מבוססי-טכנולוגיה), חברות מונופוליסטיות נוהגות לחזק את מעמד השוק שלהן באמצעות פרקטיקות מוכרות, כגון הסכמי בלעדיות ארוכי טווח עם ספקים או משווקים, מחירי היצף, פעילות לוביסטית והשפעה על נבחרים ציבורי; והכול תוך שימוש ברנטה מונופוליסטית. בעולם הדיגיטלי, נפרסות בפני המונופולים דרכים יצירתיות נוספות לביצור מעמד המונופוליסטי. נעמוד עליהן במעוף הציפור:

א. **נעילת לקוחות בדמות עלויות מעבר כספיות או לא-מוחשיות.** ארגון שהשקיע במערכת ניהול לקוחות (CRM) או במערכת ניהול ארגונית (ERP) לא במהרה יחליפן, ולכן מוצא עצמו נעול מול ספק המערכת. גם מכרזים וחוזי בלעדיות ארוכי טווח עלולים להוות פלטפורמה לבצע נעילת לקוחות.

ב. **קיבוע נתונים שאינם ניתנים להעברה לפלטפורמה אחרת.** לדוגמה, כאשר אנו אוגרים ברשת חברתית תמונות, הודעות, קישורים ושאר פריטים בעלי עניין עבורנו או ערך סנטימנטלי, אין לנו דרך נוחה לחלץ את הנתונים ולשמור אותם באופן מקומי. ככלל, גם אם ניתן לחלץ נתונים במאמץ מסוים, לא מובטח כי תהיה לנו אפשרות טכנולוגית לפענח את המידע או להעבירו לשימוש ברשת אחרת. במילים אחרות: הבעלות הפרטית שלנו על הנתונים והמידע האישי הומרה בבעלות של חברות הטכנולוגיה. נכון להיום, אין מעבר חופשי של נתונים פרטיים של משתמשים בין פלטפורמות שונות.<sup>43</sup>

ג. **חסימה או העדפה טכנולוגית.** כאשר אתר או אפליקציה חוסמים גישה לטכנולוגיה אחרת כגון מנועי חיפוש, או מקנים העדפה לתכנים עצמיים, הם מחייבים את הצרכנים להיכנס לאתר או לאפליקציה באופן ספציפי. מהלך כזה הופך משאבי מידע למה שקרוי Silos (מגדל אחסון), או בכינוי אחר: Walled Gardens (גן נעול). מטבע הדברים, זו פרקטיקה שמבקשת להגדיל את מספר הגולשים למשאב מידע ספציפי כדי לבנות את בסיס המשתמשים למטרות מכירת שטחי פרסום או מטרות מסחריות אחרות. טובת הצרכן איננה

43 בתקשורת דווח כי סרטים ברנט-לי, הידוע כארכיטקט הראשון של הרשת, פועל לבניית טכנולוגיה מבוססת בלוקצ'יין כדי לאפשר לכל אחד מאיתנו בעלות על הנתונים שלנו ואפשרות למעבר בין מערכות (פרויקט SOLID). ראו רפאל קאהאן "הדבר הבא? ממציא ה-Web רוצה להציל אותנו מפיסבוק, גוגל ואמזון" **גלובס** (30.9.2018) <https://bit.ly/3BAAdngB>

לנגד עיני החברות הללו. ואומנם, וכפי שנראה מיד בהחלטות של בית הדין האירופי, גוגל נמצאה אשמה בהעדפה מכוונת של מנוע הקניות שלה בתוצאות החיפוש המקוון, וכן בקשירת מנוע החיפוש שלה לטלפונים ניידים מבוססי אנדרואיד.

ד. **Planned obsolescence, התיישנות מתוכננת.** זהו עיקרון מסחרי מוכר, שלפיו פירמה מתכננת הוצאה של מוצרים מהמחזור לצורך הכנסה ומכירה של מוצרים מדור חדש יותר. עיקרון זה רווח בתעשיית האופנה ובענפי צריכה רבים בכלל: בדרך כלל יש נטייה להחליף ביגוד, הנעלה ואביזרי אופנה זמן רב לפני הבלאי הטבעי של החומרים. התעשייה משנה את "תכתיבי האופנה" והציבור נוהר לחנויות. תהליך דומה מתרחש גם בעולם הדיגיטלי. בשוק משחקי הווידאו – הוצאת גרסה חדשה של משחק שולחת את כל המעריצים לרכוש את הגרסה החדשה. לאחרונה (אוקטובר 2018), פורסם כי החברות אפל וסמסונג נקנסו בידי רשות התחרות באיטליה לאחר שנמצא שהן שיווקו עדכוני תוכנה הגורמים להאטות בביצועים של מכשירים ניידים, כדי לאלץ את הבעלים לרכוש מכשירים חדשים, וזאת ללא יכולת לחזור לגרסה הישנה של התוכנה.<sup>44</sup>

ה. **בינה מלאכותית.** נושא זה נמצא בחיתוליו מבחינת יישום בתחום העסקי, אך כבר ניתן לראות ניצנים של הסתייעות בטכנולוגיות של בינה מלאכותית מצד מונופולים כדי לבצר את מעמדם. לדוגמה, אמזון מיישמת טכנולוגיה של בינה מלאכותית כדי לשפר את תחזיות המכירה שלה, את היכולות הלוגיסטיות, את חוויית הלקוח ועוד.<sup>45</sup> בינה מלאכותית מאפשרת לאמזון גם ליזום יוזמות מסחריות חדשות כגון Amazon Go,<sup>46</sup> וכמובן גם להציע שירותי בינה מלאכותית לחברות אחרות. יישום בינה מלאכותית צפוי לייתר חלק מן הכוח האנושי הנדרש בארגונים. שמירה על תפוקה תוך חיסכון בהוצאות על עובדים, וכמובן גם עלייה בתפוקה, מבטיחות עלייה בפיריון של ארגון שידע ליישם את הטכנולוגיה החדשה ביעילות. המשמעות היא כי ארגונים בעלי יכולת טכנולוגית ישפרו את היתרון היחסי שלהם בהשוואה ליתר הארגונים, כך שהקיטוב יגדל בין החברות המיישמות בינה מלאכותית לבין אלה שמאחרות לעשות זאת. קיטוב במקרה זה משמעו גם חסם כניסה לשוק, וכפועל יוצא הקטנת התחרות.<sup>47</sup>

44 ראו הודעה לעיתונות בדבר הטלת הקנס: *PS11009-PS11039 – Apple and Samsung Fined for Software Updates that have Caused Serious Troubles and/or Have Reduced Functionality of Some Mobile Phones*, AUTORITÀ GARANTE DELLA CONCORRENZA E DEL MERCATO (Oct. 24, 2018), <https://bit.ly/3fA1T1M>.

45 ראו *Case Study: Amazon, Customer Retention and AI*, KANTIFY, <https://bit.ly/3jALsQ1>.

46 אמזון גו היא מיזם של אמזון להקמת חנויות נוחות שבהן אין מוכרים אנושיים. תהליך המכירה מנוהל באמצעות טכנולוגיה בלבד והנתונים משמשים ללמידת הלקוחות לצורך יצירת חוויה מותאמת אישית. ראו באתר החברה [www.amazon.com/b?ie=UTF8&node=16008589011](http://www.amazon.com/b?ie=UTF8&node=16008589011).

47 ראוי בהקשר זה להפנות לדו"ח של "ועדת משנה של המיזם הלאומי למערכות נבונות בנושא אתיקה ורגולציה של בינה מלאכותית" בראשות פרופ' קרין נהון, מנובמבר 2019. הדו"ח סוקר באופן נרחב את המאפיינים הייחודיים של טכנולוגיה הבינה המלאכותית (פרק ראשון), מציג את המלצות הוועדה ביחס לעקרונות הערכיים והאתיים שיש להחיל על פעילות זו (פרק שני), ומציג אפשרויות בתחום האסדרה (פרק שלישי). זמין בקישור <http://ekarine.org/heb/wp-content/pubs/AIEthicsRegulationReport-hebrew.pdf>.

מדובר בפרקטיקות אנטי-חרותיות קשות לאבחון וקשות לפיקוח ולבקרה, משום שמעורב בהן ממד משמעותי של חדשנות טכנולוגית. רגולטורים ובתי משפט נרתעים מלהתערב במה שעשוי להראות כחזית הקדמה, הן משום היעדר הבנה מקצועית והן משום החשש מפני טעות העלולה לצנן את המשך הפעילות החדשנית.

## ט. אכיפה

בעוד מעצמות הטכנולוגיה גדלו והתחזקו, פן האכיפה נותר רדום זמן רב. לאחרונה אנו עדים להתעוררות רגולטורית, תחילה באירופה ועתה גם בארצות הברית. אירופה היא החלוצה.

**באירופה:** שלוש החלטות משמעותיות בעניינה של גוגל, שהוציאה הנציבות האירופית בראשותה של גב' מרגרט וסטגר, מדגימות גישה אסרטיבית שאינה נרתעת מהחלת דיני התחרות על אחת מענקיות הטכנולוגיה העולמית. בהחלטה מיוני 2017 נמצא כי גוגל הפרה את חוקי התחרות של האיחוד האירופי, והוטל עליה קנס בסך 2,424,495,000 אירו.<sup>48</sup> ההחלטה מתייחסת לפרקטיקה של מינוף מוצר מונופוליסטי לחיזוק כוח שוק במוצר קשור. מדובר בעיצוב אלגוריתם לחיפוש במנוע החיפוש של גוגל (המוצר שבמונופול), המוביל את המשתמשים לתוצאות חיפוש בהתאם לערכים שהם הקלידו על ידיהם. המוצר הנקשר היה שירות מקוון להשוואת מחירים של מוצרים ושירותים שונים. לפי ממצאי הנציבות, גוגל עיצבה את אלגוריתם החיפוש כך שיעדיף את שירות השוואת המחירים של גוגל על פני שירותי מחירים של מתחרים. עיצוב האלגוריתם באופן מניפולטיבי הוביל לכך ששירות השוואת המחירים של גוגל הופיע בתוצאות החיפוש במקומות הראשונים, בעוד שהמתחרים נדחקו למקומות רחוקים – שאליהם כידוע הגולשים ממעטים לגשת. החלטת הנציבות התבססה על קביעה שלפיה גוגל מחזיקה בנתח שוק מונופוליסטי בשוק מנועי החיפוש – מעל 90% – בכל אחת מ-31 המדינות הרלוונטיות החברות באיחוד האירופי. בשוק מנועי חיפוש אינטרנטיים קיימים חסמי כניסה גבוהים יחסית, וזאת על רקע אפקט הרשת.

מה הייתה האסטרטגיה הפסולה של גוגל? גוגל עיוותה את תוצאות החיפוש הרגילות, תוך ניצול המעמד המיוחד שלה כמי ששולטת במנוע החיפוש, וזאת כדי להעדיף מוצר מסוים שהיא מספקת (שירות השוואת מחירים) ולדחוק מוצרים מתחרים. התשתית הראייתית הראתה שגוגל פעלה באופן שיטתי כדי להעדיף את השירות שלה: תוצאות השירות שלה הוצגו בפורמט עשיר בראש תוצאות החיפוש, ולעיתים גם במרחב שמור בצד ימין של דף החיפוש. תוצאות אלה מוקמו מעל תוצאות החיפוש השגרתיות המתקבלות בחיפוש רגיל. בכל הקשור למתחרים, גוגל הפעילה אלגוריתם חיפוש שגרתי, שכולל הורדה בדירוג לפי קריטריונים מסוימים – מהלך שלא הוחל על המוצר של גוגל. כתוצאה מכך, התוצרים של המתחרים הוצגו במיקום בעל עדיפות

48 להודעה לעיתונות בדבר החלטת הנציבות האירופית ראו *Antitrust: Commission Fines Google €2.42 Billion for Abusing Dominance as Search Engine by Giving Illegal Advantage to Own Comparison Shopping Service*, EUROPEAN COMMISSION (June 27, 2017), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_17\\_1784](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_17_1784).

נמוכה בתוצאות החיפוש. כידוע, גולשים נענים ברגיל לתוצאות חיפוש המופיעות במקומות הראשונים, והם נמנעים מלדפדף לדפים "נמוכים". הופעת המוצר של גוגל במקום הראשון בתוצאות החיפוש לא נבעה מיתרון של המוצר עצמו, אלא מאפליה מלאכותית. האסטרטגיה המונופוליסטית הובילה לתוצאות ממשיות: הממצאים שהנציבות אספה משנת 2008 ואילך הראו כי עיצוב אלגוריתם החיפוש באופן מפלה גרם לגידול משמעותי בגלישה של צרכנים לשירות השוואת המחירים של גוגל. בד בבד, המתחרים נכחו בקיטון משמעותי בגלישה לשירותים שלהם. לפנינו אפוא מהלך אסטרטגי של גוף מונופוליסטי שחולל את התוצאה הבלתי־רצויה, שאותה דיני התחרות מבקשים למנוע.

כשנה לאחר מכן, בהחלטה מיולי 2018, הודיעה הנציבות האירופית שמצאה הפרה של חוקי התחרות האירופים החל משנת 2011 ובמשך מספר שנים, וזאת בפרקטיקות אנטי־תחרותיות של גוגל הקשורות למערכת ההפעלה אנדרואיד.<sup>49</sup> אנדרואיד משמשת כטכנולוגיית תשתית להפעלה של טלפונים חכמים בכ־80% מהשוק האירופי המשותף. גוגל מצידה מחזיקה ביותר מ־90% בענף מנועי החיפוש האינטרנטי בגבולות השוק האירופי. הנציבות מצאה כי גוגל ביקשה לחזק ולקבע את הדומיננטיות שלה בענף החיפוש האינטרנטי בטלפונים חכמים מבוססי אנדרואיד, וזאת באמצעות פרקטיקות אנטי־תחרותיות:

- א. קשירה: גוגל דרשה מיצרנים של הטלפונים מבוססי אנדרואיד להתקין שלוש אפליקציות שלה על מכשיר ההפעלה: Google Chrome Browser, Google Search App, Google Play Store. רישיון השימוש שגוגל העניקה ליצרני הטלפונים במוצר הדגל שלה – מנוע החיפוש האינטרנטי – הותנה בהתקנה של שלוש האפליקציות הנ"ל כחבילה, ובדרישה להימנע מלהתקין כל אפליקציה מתחרה שאינה של גוגל.
- ב. תשלומים: גוגל המריצה את יצרני הטלפונים החכמים מבוססי האנדרואיד להעניק לה בלעדיות באפליקציה של מנוע החיפוש, וזאת באמצעות תשלומים כספיים.
- ג. מניעת תחרות: גוגל אסרה על יצרני הטלפונים מלהשתמש בגרסאות של אנדרואיד שהיא לא אישרה, וזאת כדי לוודא שרק האפליקציות שלה, ולא של מתחרים, יותקנו על מערכת ההפעלה.

הנציבות קבעה כי מהלכים משולבים אלה נועדו לבצר את מעמדה של גוגל בשוק מנועי החיפוש ופגעו ביזמות ובתחרותיות בשני שווקים משיקים: שוק האפליקציות ושוק מנועי החיפוש הסלולרי. הנציבות הטילה על גוגל קנס כספי בסך 4,342,865,000 אירו.

החלטה נוספת של הנציבות האירופית ניתנה במרץ 2019, ובגינה גוגל נקנסה בסך של 1.49 מיליארד אירו.<sup>50</sup> הפעם עמדה על הפרק פרקטיקה שנמשכה כעשור (בין השנים 2006–2016) ועניינה בניסיון השתלטות על עולם הפרסום האינטרנטי. גוגל ביקשה לעשות זאת באמצעות

49 ראו דיווח על ההחלטה *Antitrust: Commission Fines Google €4.34 Billion for Illegal Practices Regarding Android Mobile Devices to Strengthen Dominance of Google's Search Engine*, EUROPEAN COMMISSION (July 18, 2018), <https://bit.ly/3zI4CQU>.

50 ראו דיווח על ההחלטה *Antitrust: Commission Fines Google €1.49 Billion for Abusive Practices in Online Advertising*, EUROPEAN COMMISSION (Mar. 20, 2019), [https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP\\_19\\_1770](https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_19_1770).

שורת פרקטיקות: תחילתן בהסכמי אספקה בלעדית עם מפרסמים גדולים, שבהם המפרסמים נדרשו להעניק לגוגל בלעדיות בפרסום. בהסכמי הבלעדיות, גוגל אסרה על המפרסמים לפרסם את מודעות הפרסומת במישרין באתרי התוכן שלא דרכה. החל משנת 2009, גוגל הוסיפה לכך פרקטיקה של "מיקום פרימיום", כשהכוונה היא להצבת פרסומות המבוצעות באמצעותה במקום גבוה בתוצאות החיפוש האינטרנטי, ודחיקת פרסומות מתחרות לשורות נמוכות. בהמשך, גוגל הוסיפה ודרשה מהמפרסמים לקבל את הסכמתה, מראש ובכתב, לדרך שבה המפרסמים יציגו מודעת פרסומת אצל מתחריה, וזאת במטרה לשלוט ברמת האטרקטיביות של הפרסום המתחרה. הנציבות ציינה כי גוגל החזיקה בכ-70% משוק הפרסום האינטרנטי בעת הרלוונטית, והזכירה כי היא אוחזת בכ-90% מענף החיפוש האינטרנטי. נקבע כי הפרקטיקות שבהן נקטה עולות כדי ניצול לרעה של כוח שוק דומיננטי במטרה לבצר את מעמדה של גוגל כמתווכת פרסומות. הפרקטיקות פסולות, שכן הן דוחקות מתחרים המתקשים להתמודד בשוק הפרסומות בגלל פרקטיקות אלו.

הנציבות האירופית מקדמת גם מהלכים של חקיקה. לאחרונה גובשו הצעות לשני חוקים חדשים שמטרתם להסדיר פעילות של פלטפורמות המהוות "שער כניסה" לפעילות עסקים באינטרנט.<sup>51</sup> לענייננו, הצעת חוק השווקים הדיגיטליים (Digital Market Act) מגדירה Gatekeeper כפלטפורמה ליבתית עבור ספקים אשר נהנית ממעמד מושרש ונמשך.<sup>52</sup> ההצעה מבקשת להטיל על פלטפורמה כזו שורת חובות, ביניהן האיסור להפלות לטובה מוצרים עצמיים, איסור אפליה של ספקים, איסור לדרוש בלעדיות בשימוש בפלטפורמה, איסור למנוע התקשרות ישירה בין ספק לצרכן, ואיסור למנוע גישה לערכאות.<sup>53</sup> הצעת החוק מכירה ביתרונות הגודל של הפלטפורמות, אך זאת לצד העלויות הנובעות מעוצמתן. הצורך להסדיר עתה את פעילותן נובע מהשילוב שבין מעמדן כשער כניסה לזירת השוק האינטרנטית, לצד העובדה שהן נתפסות כמעילות פרקטיקות אנטי-תחרותיות ובלתי הוגנות.<sup>54</sup>

**בארצות הברית:** ביולי 2019, בעקבות פרשת קיימברידג' אנליטיקה המפורסמת, רשות הסחר הפדרלית (Federal Trade Commission) הגיעה לכלל הסדר פשרה עם פייסבוק, ולפיו החברה תשלם קנס בסך 5 מיליארד דולר – הנחשב לגבוה במונחי קנסות, אך נמוך ביחס לשווי החברה. על פייסבוק הוטל לבנות מודל להגנה על פרטיות משתמשים מפני דליפת מידע פרטי לצדדים

51 מדובר בשתי הצעות חוק משולבות. האחת מכונה Digital Services Act והיא עוסקת בעיקר באחריותן של הפלטפורמות הגדולות לתכנים בלתי חוקיים ברשת, מתוך הכרה במעמדן כגופים מעין ציבוריים. הצעת החוק השני מכונה Digital Markets Act והיא מטפלת בין השאר במעמד השוק של פלטפורמות המהוות שער כניסה לזירה האינטרנטית. להצגה כללית של הצעות החקיקה החדשות ראו באתר הנציבות: (Jan. : *The Digital Services Act package*, EUROPEAN COMMISSION (Jan. 19, 2021), <https://bit.ly/3t8S4zz>).

52 ראו הגדרה מלאה בס' 3 בפרק 2 להצעת החוק: Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act), COM (2020) 842 final (Dec. 15, 2020).

53 ראו שם, בעיקר בס' 5 בפרק השלישי להצעת החוק.

54 ראו שם בדברי ההסבר, ס' 1 ל-Explanatory Memorandum.



שלישיים וכן לאפשר פיקוח שוטף מצד הרשות (בין השאר על ידי הקמת ועדת פרטיות עצמאית בחברה ודיווח תקופתי).<sup>55</sup>

מעצמות האינטרנט מאתגרות את הגישה האמריקנית, אשר ברגיל דוגלת במיעוט התערבות במשק. נראה שהריכוזיות המאפיינת את מעצמות האינטרנט, פרקטיקות מונופוליסטיות אנטי תחרותיות, לצד מאפיינים ייחודיים של הפעילות האינטרנטית – מטלטלים את החשיבה המסורתית ומזמינים הערכה מחדש. דו"ח חשוב של מרכז סטיגלר באוניברסיטת שיקאגו מיולי 2019 מתאר את הגישה הנוהגת היונקת מ"תיאורית שיקאגו": זוהי גישה המזמינה את השוק לפעול באופן חופשי וממועט רגולציה.<sup>56</sup> ואולם הפלטפורמות הדיגיטליות פועלות בסביבה כלכלית חדשה, והן יוצרות הכרח לשינוי. הדו"ח עומד על כך שבשווקים האינטרנטיים, שירותים רבים מסופקים ללא כסף; התמורה היא תשומת לבו של המשתמש המתורגמת על ידי חברות הענק לערך מסחרי. דיני האנטי-טרסט יודעים לבחון עסקאות מתומחרות, ואין להם מענה פשוט לעסקאות "ברטר", מה גם שהתמורות המוחלפות אינן תמיד גלויות. הדו"ח עומד על אפקט הרשת המאפשר לפלטפורמות להאדיר את כוחן, במיוחד בשווקים דו-צדדיים. מרכז סטיגלר שואל: באיזה כלי רגולטורי ראוי לנקוט על מנת להתמודד עם פרקטיקות אנטי-תחרותיות מצד המונופולים האינטרנטיים הגדולים? הדרך העיקרית המוצעת היא פסיקה, המאפשרת לבתי המשפט לפתח את הדין ממקרה למקרה, מתוך מטרה לתפוס "התנהגות שלילית" שפגיעתה בתחרות היא רבה. המלצה חשובה היא לזנוח את הגישה הרווחת לפיה אין להתערב בשוק מחשש לעלויות שגיא; מוצע להמיר גישה ותיקה זו בהנחה שמחיר אי התערבות צפוי להיות גבוה ממחיר ההתערבות השגויה, וזאת משום שכח השוק של הפלטפורמות הדיגיטליות עשוי להימשך זמן רב. הדו"ח קורא לפתח מודלים כלכליים עדכניים שיסייעו לבתי המשפט להעריך את השפעתן התחרותית של עסקאות ברטר שלא עובר בהן כסף. בתוך כך מוצע להיעזר בכלכלה התנהגותית המאפשרת להעריך התנהגות של שחקנים בשוק. כן מומלץ להתערב בפרקטיקות של סירוב לסחור מצד מונופול, להפסיק להניח שקשר אנכי נהנה מיתרונות וכן להסכים להתערב בהחלטות של עיצוב המוצר, למרות בעיות המידע. הדו"ח מפרט שורת המלצות מעשיות הכוללות הקלה על נטלי הוכחה המוטלים על תובע, יצירת חזקה כנגד אישור מיזוגים שחברה דומיננטית היא צד להן, ביטול החזקה לטובת הסדרים אנכיים, פיתוח סעדים מבניים (כגון פירוק חברה) לאכיפת דיני התחרות, וזאת לצד סעדים מיוחדים כמו צווים לשיתוף במידע, שימוש בסטנדרטים טכנולוגיים פתוחים ואיסור אפליה. לצד אלה מוצע להקים בית משפט לתחרות שיתמחה בתביעות הגבליות.

רוח חדשה נושבת לא רק בשורות האקדמיה האמריקנית אלא גם בקרב הרגולטורים. דו"ח מיוחד של ועדת התחרות, המסחר והמנהל בקונגרס האמריקני מאוקטובר 2020 הוקדש לחקירת

55 Case 1:19-cv-02184 United States v. Facebook, Inc. (filed July 24th, 2019), ראו <https://bit.ly/2USkkGL>.

56 ראו דו"ח של מרכז סטיגלר מאוניברסיטת שיקאגו מספטמבר 2019: STIGLER COMMITTEE ON : 2019 מספטמבר, DIGITAL PLATFORMS, FINAL REPORT (2019), <https://bit.ly/3t6LN7H>.

השווקים הדיגיטליים.<sup>57</sup> ארבע החברות שנבחנו הן גוגל, פייסבוק, אמזון ואפל. כל אחת היא מונופול בתחומה: גוגל בתחום החיפוש המקוון ושולטת בשוק הפרסום; פייסבוק היא מונופול בענף הרשתות החברתיות; אמזון שולטת בענף המסחר הקמעונאי, ואפל אחזת בכח שוק משמעותי במערכות הפעלה של טלפונים סלולריים וטבלטים. נמצא שכל אחת פועלת מתוך אסטרטגיה מונופוליסטית לדחוק מתחרים: גוגל מנצלת לרעה את תוצאות החיפוש ומעדיפה תוצאות המקדמות את המוצרים שלה או פרסום שהוא מקור לרווחיה. גוגל כורתת הסכמי בלעדיות על מנת לדחוף את האפליקציות שלה ולדחוק אפליקציות מתחרות. פייסבוק מזהה יזמים צעירים ורוכשת אותם או נאבכת בהם כדי להעלימם; פייסבוק גם לא שומרת על פרטיות המשתמשים. אמזון פועלת באופן אינטנסיבי לרכוש גופים מתחרים. אפל מפלה אפליקציות מתחרות המבקשות להשתמש בחנות הווירטואלית שלה כדי לדחוף את האפליקציות שלה. הפלטפורמות מנצלות גישה למידע: גוגל עוקבת באופן שיטתי אחר דפוסי התנהגות של אפליקציות מתחרות כדי להתחרות בהן. פייסבוק מבצעת מעקבי מידע ברשת כדי לרכוש אפליקציות מתחרות. אמזון משתמשת במידע שמגיע אליה כפלטפורמה כדי לקדם את מוצריה שלה. זוהו פרקטיקות אנטי תחרותיות: למשל, גוגל חייבה את יצרניות הטלפונים החכמים מבוססי אנדרואיד להתקין את האפליקציות שלה. גוגל דרגה באופן קבוע את מוצריה מעל מוצרים של צדדים שלישיים. כל תאגידי הענק נוקטים במיזוגים אגרסיביים ומקדישים לכך סכומי עתק.

**ומהן ההמלצות?** המלצה עיקרית בדו"ח הקונגרס היא לבצע הפרדה מבנית בין הפלטפורמה לבין פעילות תוכן, במטרה להקטין ניגודי עניינים. המטרה היא למנוע מצב שבו הפלטפורמה מתחרה בשחקנים התלויים בשירותים שלה כפלטפורמה. יתרון הפרדה המבנית נעוץ בזה שהוא קל לתפעול בהשוואה לסנקציות התנהגותיות, המחייבות פיקוח שוטף. הדו"ח ממליץ גם על אימוץ כללים לאיסור אפליה מצד פלטפורמות; אימוץ פרוטוקולים פתוחים שיאפשרו למתחרים משיכת מידע ושימוש פתוח; מתן אפשרות למשתמשים למשוך את התוכן מחשבונותיהם כדי לבנות פרופיל בחשבון חלופי – ובדרך זו להקטין את בעית הקהל השבוי; הצרת האפשרות לבצע רכישות של חברות יזמיות ומיזוגים אופקיים ואנכיים, וכן התערבות בחוזים חד צדדיים המוכתבים על ידי הפלטפורמות.<sup>58</sup>

57 THE JUDICIARY, 1156TH CONG., INVESTIGATION OF COMPETITION IN DIGITAL MARKETS, ראו MAJORITY STAFF REP. AND RECOMMENDATIONS (2020).

58 נזכיר גם דו"ח ממרס 2019 שחובר באנגליה על ידי פאנל מומחים במטרה להתמודד עם עוצמתם הנוספת של התאגידים הטכנולוגיים. צוין שם כי לצד הכרה בערכה של הכלכלה הדיגיטלית, יש להכיר בנטייתה לייצר שווקים ריכוזיים. הוצע שלא לסמוך על הרעיון של "תחרות על השוק" כדי לפתור את הבעיה של "המנצח לוקח הכל". צוין שיש מקום להקל על העברת תכנים של משתמשים מפלטפורמה אחת לאחרת, לאמץ סטנדרטים פתוחים כדי לאפשר כניסת מתחרים, ולצמצם מיזוגים. המלצה עיקרית היא להקים רשות ייעודית לטיפול בשווקים הדיגיטליים, לצורך פיתוח קוד התנהגות, הבטחת נידודת של צרכנים, נגישות למידע ועדכון כללי המיזוגים. ראו UNLOCKING DIGITAL COMPETITION: REPORT OF THE DIGITAL COMPETITION EXPERT PANEL (2019), <https://bit.ly/3gVRNvf>.

תביעות משפטיות יצאו אל הדרך. לאחרונה, הרשויות בארצות הברית הגישו שתי תביעות משמעותיות כנגד גוגל. משרד המשפטים האמריקני, יחד עם שורת מדינות, הגישו תביעה בטענה למונופולזציה פסולה תוך הפרת חוק שרמן.<sup>59</sup> בבסיס התביעה עומדים הסכמי בלעדיות והסכמי קשירה שגוגל כורתת במטרה להנציח את מעמדו הדומיננטי של מנוע החיפוש שלה. בדצמבר 2020 הוגשה תביעה נוספת כנגד גוגל, על ידי 38 מדינות בארצות הברית, אף היא מבוססת על איסור המונופולזציה הקבוע בחוק שרמן.<sup>60</sup> לפי הנטען, גוגל אוזחת בנתח שוק משמעותי של 90% במנוע החיפוש האינטרנטי בארצות הברית. המודל העסקי שלה מבוסס על אספקת שירותי חיפוש בחינם, ואולם בד בבד גוגל שואבת מידע רב על כל משתמש, ועושה בו שימוש מסחרי אינטנסיבי לצרכי פרסום.<sup>61</sup> רווחיה מפרסום הם אדירים ועמדו על 98 מיליארד דולר בשנת 2019 (!). התביעה מתייחסת לשלוש פרקטיקות אנטי-חרותיות: (א) גוגל דואגת, באמצעות הסכמי בלעדיות, שמנוע החיפוש שלה יהווה את ברירת המחדל בכל מחשב ובעיקר בטלפונים חכמים שהשימוש בהם הולך וגובר. לשם כך, גוגל רכשה את אנדרואיד המשמשת מערכת הפעלה לטלפונים חכמים, ובנוסף – גוגל משלמת לאפל סכומי עתק (בין 8–12 מיליארד) על מנת שזו תתקין בטלפונים שלה את מנוע החיפוש של גוגל בלבד. (ב) בתחום הפרסום, גוגל דורשת בלעדיות ממפרסמים, מפלה לרעה מי שמפרסם שלא באמצעותה, ואינה מספקת פלטפורמת פרסום ניטרלית. (ג) גוגל מונעת גלישה ישירה לאתרים באמצעים טכנולוגיים ו"מכריחה" את הגולשים לעבור דרך מנוע החיפוש שלה לצרכי חשיפה לפרסומות. נטען כי בדרכים מלאכותיות אלה – טכנולוגיות וחוזיות, גוגל פועלת להנצחת המונופול שלה וחוסמת פיתוח יצירתי של חלופות לפרסום, לחיפוש, ולתקשורת ישירה בין צרכנים וספקים.<sup>62</sup>

**וכנגד פייסבוק:** רשות הסחר הפדרלית הגישה תביעה שבבסיסה עומדות שתי רכישות משמעותיות שפייסבוק ביצעה: רכישת אינסטגרם ורכישת WhatsApp. בתביעה נטען כי מדובר ברכישות אסטרטגיות שנועדו לחסל מתחרים פוטנציאליים וכי האחזקה הנמשכת של פייסבוק בשתי חברות אלה מהווה מונופולזציה פסולה. הסעד המבוקש הוא הפרדה מבנית, המפרקת בין פייסבוק לבין החברות הנרכשות.<sup>63</sup>

Case 1:20-cv-03010 United States v. Google LLC (filed Oct. 20th 2020), ראו 59  
<https://bit.ly/2WGIPME>

Case 1:20-cv-03715 State of Colorado v. Google LLC (filed Dec. 17th 2020), ראו 60  
<https://bit.ly/3yzfHCt>

בס' 5 לתביעה, שם, מצוטט מר אריק שמידט, מנכ"ל החברה בעת הרלוונטית, באומרו: "We know where you are. We know where you've been. We can more or less know what you have been thinking about"

נפנה בהקשר זה למחקר של Dina Srinivasan על אודות דרכיה של גוגל להשתלט על שוק הפרסום האינטרנטי. החוקרת מצביעה על כך שגוגל מנצלת את הגישה המיוחדת שיש לה, באמצעות מנוע החיפוש, למידע על גלישות של צרכנים באתרים, שאינו פומבי, כדי למשוך מפרסמים לפרסם באמצעותה, ובדרך זו לשלוט בשוק הפרסום. החוקרת מציעה להחיל על ענף הפרסום רגולציה של שוקים פיננסיים, הכוללת גישה פתוחה ושיוויונית למידע. ראו Dina Srinivasan, *Why Google Dominates Advertising Markets; Competition Policy could lean on the Principles of Financial Market Regulation*, 24 STAN. TECH. L. REV. (2020)

Federal Trade Commission v. Facebook Inc., (filed Dec. 9th 2020), ראו 63  
<https://bit.ly/3tlWseZ>

**ומה בישראל? הרשות להגנת הפרטיות הודיעה זה מכבר על פתיחת חקירה מנהלית נגד פייסבוק בעקבות פרשת קיימברידג' אנליטיקה.**<sup>64</sup> נוסף לכך, הממונה על התחרות הכלכלית הביעה דעה ולפיה ראוי ליישם על מעצמות האינטרנט את המודל המשפטי הקבוע בחוק לקידום תחרות וצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013.<sup>65</sup> לאחרונה התברר כי שלוש הרשויות הרלוונטיות – רשות התחרות הכלכלית, הרשות להגנת הפרטיות והרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן – תשתפנה פעולה באתגרי הכלכלה הדיגיטלית.<sup>66</sup> אולם עד כה, רשויות הרגולציה בישראל טרם נקטו מהלכים אפקטיביים לריסון המונופולים האינטרנטיים ולהגנת הצרכן הישראלי.<sup>67</sup> דיווחים על כוונת רשות התחרות הכלכלית להטיל על פייסבוק ועל גוגל עיצומים כספיים, בגין מיזוגים עם חברות ישראליות ללא דיווח לרשות, מבשרים, אולי, את הסנונית הראשונה לפעולה שלטונית אקטיבית בישראל נגד מעצמות הטכנולוגיה הבינלאומיות.<sup>68</sup>

אנו סבורות כי יש לרשויות הרגולטוריות בישראל תפקיד ציבורי חשוב, ולו משום שבידיהן סמכויות חקירה ליישום החוקים שעליהם הן מופקדות.<sup>69</sup> עירור מודעות הציבור לפרקטיקות פוגעניות במישור של הגנת הפרטיות, הגנת הצרכן ושמידת התחרות – הוא משמעותי. עצם החקירה וחשיפת המידע משרתות את הציבור, בהצפת הנושא ובהבאתו לשיח ציבורי. ממצאים עובדתיים שנקבעים על ידי רשות רגולטורית לאחר ביצוע חקירה עשויים לשמש גם במסגרת תובענות ייצוגיות כנגד תאגידי האינטרנט, ובדרך זו להקל על נטל ההוכחה הכבד המוטל על התובע. זאת ועוד: כפי שנראה להלן, בידי רשות התחרות הכלכלית עומדים כלי אכיפה משמעותיים למניעה ולריסון מונופוליציה פסולה.

64 להודעת רשות התחרות על פתיחת חקירה מנהלית לחברת פייסבוק ראו [www.gov.il/he/Departments/news/facebook\\_private\\_data](http://www.gov.il/he/Departments/news/facebook_private_data). טרם פורסם מהם ממצאי החקירה ומה הוחלט בעקבותיה.

65 אורנה קורן "תחרות דיגיטלית: ליישם את חוק הריכוזיות גם על ענקיות האינטרנט" דה-מרקר [www.themarker.com/technation/.premium-1.7353905](http://www.themarker.com/technation/.premium-1.7353905) (11.6.2019).

66 ראו דיווח של רשות התחרות "הרשות להגנת הפרטיות והרשות להגנת הצרכן ישתפו פעולה באתגרי הכלכלה הדיגיטלית" (18.9.2019) <https://bit.ly/2YIFtV1>. ראו גם המלצה של רשות התחרות מיום 7.2.2021 לאמץ אסדרה ביחסים שבין פלטפורמות מקוונות לבין משתמשים עסקיים בדין הישראלי. זמין באתר רשות התחרות: <https://bit.ly/3DaWJ83>.

67 בתי המשפט בישראל נדרשים מעת לעת להתמודד עם תביעות אזרחיות העוסקות בפרקטיקות פוגעניות מצד מעצמות הטכנולוגיה. ראו למשל עניין **יונה מדיה**, לעיל ה"ש 19, שם נדונה תביעה של בעלת אתר כנגד גוגל, בטענה שגוגל ביטלה שלא כדין הסכם שירות לפרסומות וחילטה סכומי כסף גדולים שלא כדין. נמצא כי גוגל אומנם רשאית הייתה לבטל את הסכם השירות על רקע מניפולציות מצד בעלת האתר להגברת הקלקות על פרסומות לצורך הגדלה מלאכותית של הכנסות; עם זאת, נפסק כי הסנקציה העצמית שגוגל הפעילה – מחיקת כל יתרת הזכות הכספית שעמדה לרשות בעלת האתר בחשבונה בגוגל – מהווה קיפוח בלתי-מידתי של זכות חוזית: "מחיקת זכויות גורפת שכזו, בלי קשר לעוצמת ההפרה והיקף הנזק שנגרם בעטייה, היא סעד עצמי טוטלי, שאינו מוכר במחוזותינו ובמחוזות המשפט המקובל" (שם, פס' 51 לפסק דינו של השופט שוורץ). נציין עוד כי בפני בתי המשפט תלויות ועומדות תובענות ייצוגיות בנושא פרקטיקות אנטי-צרכניות מצד פייסבוק. ראו למשל **ת"צ (מחוזי מר') 32672-02-17 ברק נ' Facebook Ireland Limited ; ת"צ (מחוזי חי') 7322-10-18 אקסלרוד נ' Facebook Inc.**

68 ראו פרסום בגלובס אופיר דור "רשות התחרות נגד פייסבוק ישראל: בדרך לקנס של עשרות מיליוני שקלים?" **גלובס** <https://bit.ly/3gXFzSN> (13.12.2020).

69 ראו בהקשר זה **ס' 45, 44** ו-**46 לחוק התחרות הכלכלית**, התשמ"ח-1988.

## י. מה עושים?

הדרמה של הטכנולוגיה האינטרנטית והשלכות הרוחב שהיא מייצרת מחייבות חשיבה מקיפה, יצירתית ורתימה של אמצעים רבים לטיפול בבעיות המגוונות. כללי המשפט הם אומנם חלק חשוב באסדרה של מונופולים טכנולוגיים, אך לצידם ראוי לתת מודעות צרכנית ושיח ציבורי. בראש ובראשונה חשוב להבין כי מונופולים ברשת נהנים מצבעי הסוואה כלפי הרגולטור, המונעים רגולציה אופטימלית. הפעילות ברשת עוטה צבעי הסוואה משום שהמרחב האינטרנטי נראה לנו פתוח, ומשום ששירותים רבים ניתנים לצרכנים בחינם. כאשר מחיר המוצר מהווה את אמת המידה המוכרת להערכת התחרותיות של השוק, אין לרגולטור עילה להתערב אם המחיר המוצע הוא אפס. אך בנקודה זו טמונה החמצה: כפי שראינו, השירות המסופק לצרכנים לעולם אינו "בחינם" אלא שהוא אינו נראה לעין. התשלום הוא המידע הפרטי שנאסף כל העת על אודות ציבור הגולשים. בהיעדר התערבות רגולטורית הולמת, חברות טכנולוגיות צפויות לנצל את יכולותיהן לא רק לפגיעה בפרטיות כי אם להעמקת המונופוליאזיה, בדרך של חדירה לשווקים נוספים, או מיזוגים שבהם חברות גדולות רוכשות חברות יזמיות צעירות המהוות איום תחרותי. מהלכים כאלה מתרחשים בזכות הכנסות עתק ורווחיות מופרזת. הם נראים כבלתי־ניתנים לגינוי, בעיקר משום החינמיות של המוצרים והפתיחות הלכאורית של הרשת. אך מה שנראה מרשים ובלתי־מזיק בטווח הקצר, אינו עולה בקנה אחד עם רווחת הצרכן בטווח הארוך.<sup>70</sup>

נבקש לשרטט קווים למיתון העוצמה המונופוליסטית של ענקיות הטכנולוגיה באמצעות דיני התחרות הכלכלית.

### 1. דיני התחרות הכלכלית

מוצע להתבונן בשווקים אינטרנטיים מנקודת מבט שונה מזו המסורתית, תוך מתן משקל למאפיינים הייחודיים שלהם. בראש ובראשונה יש לזכור כי אלה הם שווקים שהתחרות בהם היא שברירית, משום אפקט הרשת והדחיפה הטבעית לריכוזיות. לצד יתרונות לגודל הנובעים מרשת גדולה, יש להתחשב בפיתוי של כל מונופול לבצע מהלכים לחיזוק מעמדו הדומיננטי, על חשבון המתחרים ועל חשבון הצרכנים. אין ללכת שולל אחרי הנראות הלכאורית של שוק אינטרנטי פתוח, שכן הוא אינו חסין מפני אסטרטגיות לדחיקת מתחרים. נקודה חשובה היא לראות כי בשווקים אינטרנטיים המידע הפרטי הוא נכס כלכלי בעל ערך דומיננטי. בנסיבות שבהן מוצרים

70 נפנה בהקשר זה גם לחוות דעת ממרץ 2014 של המפקח על הגנת המידע בנציבות האירופית, המצביעה על כך שמה שמוצע ב"חינם" ברשת אינו אלא שירות בתמורה לאינפורמציה פרסונלית המגיעה מהגולש: "Online services are driving the huge growth in the digital economy. Many of those services are marketed as 'free' but in effect require payment in the form of personal information from customers. An investigation into the costs and benefits of these exchanges Privacy and Competitiveness in the for both consumers and businesses is now overdue" Age of Big Data: The Interplay Between Data Protection, Competition Law and Consumer Protection in the Digital Economy (Preliminary Opinion of the European Data Protection Supervisor, March 2014), <https://bit.ly/30VRTfb>

רבים מסופקים לצרכנים בחינם, התכונות במחיר אינה יכולה לשמש כאמת מידה מרכזית, ודאי שלא בלעדית, להעריך את רמת התחרותיות בשוק. אדרבה, מוצרים ושירותים המוצעים בחינם צריכים לאותת לרגולטור לחקור ולעמוד על טיבם כדי לנטר פרקטיקות מונופוליסטיות. הניסיון מהשטח מלמד כי חברות משתמשות יותר ויותר בנתונים אישיים על משתמשים שהן אוספות בשיטתיות כדי להניח חסמי כניסה אל השוק.<sup>71</sup>

אנו שותפות לדעה שלפיה דיני התחרות מהווים חלק בלתי-נפרד מהמרקם המשפטי, החברתי והכלכלי הכולל.<sup>72</sup> דווקא משום כך יש להכיר בכך שבעידן הדיגיטלי, המידע הפרטי על אודות משתמשים אינו רק שאלה של זכויות, אלא הוא מהווה מרכיב חשוב בניתוח השוק לצורך יישום דיני התחרות. יש להכיר בכך שהשווקים הדיגיטליים מאפשרים לחברות לכמוס התנהלות שאינה גלויה לעין ואשר עלולה להימצא פוגענית כלפי ציבור המשתמשים. עמדנו על כך שפלטפורמות דיגיטליות נהנות ממידע רב על אודות המשתמשים, ומידע זה הוא אסימטרי. כרייה ואיסוף מידע פרטי, ניתוח ועיבוד המידע לצרכים מסחריים שונים באמצעות אלגוריתמים מתוחכמים – אלה הם המהלכים שנעשים ונשמרים בדרך כלל באופן בלעדי בצד אחד של המתרס, שעה שהמשתמש אינו ער לעצם קיומה של פעילות הנעשית מאחורי חומות הארגון ועשויה להשליך על רווחתו (למשל משום שהיא מאפשרת אפליית מחירים).

רשות התחרות מצוידת בסמכויות חקירה אשר יש להפעילן במקרים מתאימים כדי לחשוף בפני הציבור פרקטיקות אנטי תחרותיות. שם המשחק הוא אכיפה זהירה המתמקדת בליבה של דיני התחרות: שמירה על רמה גבוהה של זירה פתוחה לפעילות תחרותית. האכיפה צריכה להתמקד בפרקטיקות מונופוליסטיות לדחיקת מתחרים, העלולות ליצור או לחזק חסמי כניסה. ההחלטות של הנציבות האירופית שנסקרו לעיל חושפות פרקטיקות שיטתיות של ענקיות הטכנולוגיה לחסל תחרות. כידוע, פרקטיקות מונופוליסטיות לדחיקת מתחרים (exclusion) נחשבות לפוגעניות ביותר מבחינת הרווחה החברתית, ולא בכדי הן עומדות במרכז האכיפה של דיני התחרות בארץ ובעולם. הטעם לכך נעוץ בזה שהמתחרים הם החיילים של התחרות. בלעדיהם – תחרות אין. לכן, בין אם מדובר בשוק מסורתי או בשוק טכנולוגי, ניסיונות אסטרטגיים של מונופולים לדחוק מתחרים – הם לעולם פסולים. יש לשים לב שגוגל, לדוגמה, לא "המציאה" את הפרקטיקות הדורסניות; ההיסטוריה חוזרת על עצמה, כפי שהדגמנו באמצעות המקרה המפורסם של מיקרוסופט, שניסתה לחסל את יריבתה בשוק הדפדפנים. לפיכך, שעה שרשות התחרות מזהה פרקטיקה חדשנית מבוססת-נתונים וטכנולוגיה, שבליבה דחיקת מתחרים – אנו סבורות שעליה לפעול להשבת התחרות על כנה בדרך של הטלת סנקציות כנגד הפרקטיקה הפסולה.

גם הפרקטיקה של חינמיות צריכה להזמין חקירה ועיון. לעניין זה, ראוי להבחין בין שימוש בחינמיות ככלי שיווקי מזדמן, למשל להחדרת מוצר חדש לשוק, לבין שירות הניתן באופן

71 ראו נייר עמדה מטעם מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל, שהוגש לרשות התחרות הכלכלית בנושא "סוגיות של תחרות בכלכלה דיגיטלית" (מאי 2019) [www.colman.ac.il/sites/default/files/calcala\\_20.5.pdf](http://www.colman.ac.il/sites/default/files/calcala_20.5.pdf)

72 Ariel Ezrachi, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy* 21 (2018), [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=3191766](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3191766)

שיטתי "בחינם". יש לזכור: מוצרים חינוכיים אינם באמת בחינם. מעצמות הטכנולוגיה אינן מספקות שירותים בחינם, שהרי "אין ארוחות בחינם".<sup>73</sup> בדרך כלל, המשתמשים משלמים במידע האישי שלהם, ללא מודעות מלאה ומבלי לקבל תשלום.<sup>74</sup> שירותים מסופקים לכאורה בחינם, אך בה בעת נדלה ונאגר מידע פרטי לצרכים מסחריים, לרוב ללא הסכמה חופשית ומודעת לגבי היקף השימוש ויעדיו. הציבור נוהה אחר חינוכיות, אך אינו ער להגבהת חסמי הכניסה אל השוק, בניגוד לרווחתו.<sup>75</sup>

יש כאן תנועת מאזניים בין רווחת הצרכן המושגת בשירות חינוכי, לבין פגיעה בציבור לטווח הארוך, בעקבות הגבהת חסמי כניסה ופרקטיקות אנטי-תחרותיות. הרגולטור יכול לחייב את חברות הטכנולוגיה להציע מסלול מקביל של שירות תמורת תשלום, כחלק מניסוי ציבורי פתוח המלווה בהסבר מתאים: דמיינו שמונע החיפוש של גוגל או הרשת החברתית של אינסטגרם יהיו זמינים לציבור בשני מסלולים; מסלול אחד בחינם, כמקובל כיום, והוא כולל פרסומות, אך נוסף לו – הטלת חובה לגילוי נאות ומפורש בראש המסך לגבי סוגי הנתונים הנאספים מהגולשים המשתמשים בשירות בחינם. מסלול חלופי יהיה שירות בתשלום וללא פרסומות, תוך הטלת

73 ידוע מאמרו של אנדרו לואיס: "If you are not paying for it, you're not the customer; you're the product being sold" Andrew Lewis (@andlewis) Twitter (Sep. 13, 2010, 3:01 PM), ראו <https://twitter.com/andlewis/status/24380177712?s=20>.

74 מיה מקגיניס, נשיאת הוועדה לתקציב פדרלי בארצות הברית, טוענת שענקיות הטכנולוגיה נוקטות בפרקטיקות של התמכרות במטרה לעמעם את הרצון החופשי של הפרט. ראו מאמרה בתרגום לעברית "קפיטליזם ישר לוויריד" אלכסון – מחשבות מתחילות כאן (2020). <https://bit.ly/2C9jv5W>: "אדם היה יכול להחליט בעצמו האם להמיר מידה מסוימת של פרטיות תמורה העונג שבצפייה בתצלומי חבריו או הנוחות שבמעקב אחר קצב הלב שלו. אך כלכלת ההתמכרות נסמכת על חילופי מידע שאינם סימטריים. מהמשתמשים מצופה, ללא כחל וסרק, למסור מידע פרטי כדי לזכות בגישה לשירותים. אוספי המידע, לעומת זאת, שומרים בחירוף נפש על הפרטיות שלהם, ועל פי רוב מסרבים לגלות איזה מידע מצוי בידיהם, למי הם ימכרו אותו, וכיצד הם עושים בו שימוש כדי לבצע מניפולציות בהתנהגות שלנו".

מקיניס מציעה לבחון תשלום כספי בעד שירות, חלף מסירה לא מודעות ובלתי-מבוקרת של מידע אישי: "יתכן שהשינוי המידי והחשוב ביותר שאנחנו יכולים להחליט עליו הוא הוספת ממד השקיפות – ומתוך כך אמון – באינטראקציות בתחום הטכנולוגיה. כיום, רבים מן המוצרים והשירותים שיש להם הכוח הרב ביותר לבצע בנו מניפולציה הם "חינמיים", במובן הזה שאיננו משלמים תמורת השימוש בהם. אבל אנחנו הרי משלמים, בכך שאנחנו מוסרים מידע פרטי שלא למדנו להעריך נכונה את ערכו, ואשר עתיד לשמש באופנים שאיננו מבינים היטב. עלינו להתחיל לשלם תמורת פלטפורמות כמו פייסבוק, בכספנו, ולא במידע שלנו".

75 בהלכה אמריקנית מפורסמת משנות החמישים דובר ביצרנית מכוניות לייצור נעליים שהחזיקה בנתח שוק גדול (75%–85%). המדינה הגישה נגדה תביעה, בטענה כי היצרנית המונופוליסטית מפעילה פרקטיקות לדחיקת מתחרים. בין השאר נטען כי מתן שירותי תחזוקה ותיקונים "בחינם" חוסם יצירה של תחרות בשוק המשני. בית המשפט הפדרלי של מדינת מסצ'וסטס קיבל את תביעת המדינה בראש זה, וחייב את המונופול לפרסם מחירון נפרד לשירותים. קביעה זו התבססה על ההבנה שהשירות לא באמת ניתן "בחינם", אלא שהוא הוחבא במקום אחר (במחיר השכירות של המכונה). פסק הדין אושר בבית המשפט העליון האמריקני. ראו *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D.Mass. 1953), *aff'd*, 347 U.S. 521, (1954).

חובה על הספק להצהיר במפורש בכתב כי נתונים אישיים של המשתמש אינם נאספים במהלך השימוש. מסלולים מקבילים כאלה יאפשרו לציבור לבחור איך לצרוך את השירות.<sup>76</sup> איור 2 לעיל מתאר את הקשר המעגלי שבין מוצרים חנימיים – ביקוש רב – מסחור נתונים אישיים – הכנסות מפרסומות – יצירת חסמי כניסה. נראה לנו שניתן לשבור את המעגל באמצעות הטלת מגבלות מתאימות על שימוש מסחרי בלתי-מורשה ובלתי-שקוף במידע בעל אופי אישי הנדלה מהמשתמשים. אנחנו מציעות להוסיף באופן קבוע את חובת השקיפות (גילוי נאות של הנתונים הנאספים והשימוש בהם) כתמורה לשימוש מסחרי בנתונים אישיים. חברות הטכנולוגיה עשויות להגיב בתמחור שירותים שבעבר ניתנו ב"חינם". אין להירתע מכך. מחירים יגרמו לכך שצריכת מוצרי אינטרנט תעשה בזיקה לעלויות ייצור וכן לתועלת הצרכן. מחירים יאפשרו להעמיד את המוצרים והשירותים למבחן של השוואה בין מוצרים ושירותים תחליפיים, כמקובל בשוק חופשי. מנגנון של מחירים יקדם שקיפות בפעילות של שוקי האינטרנט, וזאת בשאיפה לאזן מחדש את שיווי המשקל התחרותי.

גם מדיניות המיזוגים צריכה להיות מוקפדת יותר. מן המפורסמות היא שיוזמים צעירים ונמרצים דוחפים את הטכנולוגיה קדימה, מתוך שאיפה למכור בממון רב את הפעילות החדשנית שפיתחו (תופעת ה־exit). חברות הענק מצדן ממהרות לרכוש את היוזמות הצעירות, שלעיתים מאיימות על ההגמוניה שלהן ולעיתים מהוות מנוף לחדשנות. שילוב אינטרסים זה אינו בהכרח לטובת הציבור. הציבור עשוי ליהנות דווקא מקיומם של שחקנים רבים, גם קטנים. הציבור אינו נהנה מחברות ענק שהופכות לקונגלומרטים העוסקים בתחומים עסקיים רבים. לכן, כאשר מדובר במיזוג עם ענקית טכנולוגיה, נקודת המוצא צריכה להיות כנגד המיזוג, תוך הותרת שיקול דעת לאשר במקרים חריגים.

העובדה כי מדובר בחברות זרות מאתגרת את שאלת הסמכות. היש לרשות התחרות הישראלית סמכויות כלפי ענקיות הטכנולוגיה, שעה שמדינת הרישום או המושב שלהן איננה ישראל? חוק התחרות הכלכלית אינו מטפל בסוגיה זו במפורש.<sup>77</sup> עם זאת, רשות התחרות הכלכלית לא נרתעה מהחלת הדין הישראלי כלפי חברה זרה, אם זו פעלה באופן הנוגד את החוק הישראלי והתנהגותה האנטי-תחרותית השפיעה על השוק בישראל.<sup>78</sup> לשם השוואה, בארה"ב

76 הרעיון של תשלום בידי חלק מהמשתמשים כדי להפחית פרסומות כבר קיים בעולם התוכנה והאפליקציות הסלולריות. שם המודל נקרא Freemium והוא נפוץ מאוד. הרעיון ב־Freemium הוא לקבל מוצר בחינם בתנאים מסוימים או לתקופה מוגבלת, ומעבר לכך יש לשלם. ראו Troy Segal, *Freemium*, INVESTOPEDIA (July 4, 2019), <https://bit.ly/3mWxv8s>.

77 "חברה" מוגדרת בס' 1 לחוק התחרות הכלכלית כ"חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות [נוסח חדש], תשמ"ג-1983, לרבות חברת חוץ שנרשמה כאמור, אגודה שיתופית רשומה כמשמעותה בפקודת האגודות השיתופיות עמותה כמשמעותה בחוק העמותות, התש"ס-1980, ושותפות כהגדרתה בפקודת השותפויות [נוסח חדש], התשל"ה-1975". הגדרה זו נועדה לחבוק צורות שונות של התאגדות, ולא לשלול את תחולתו של החוק הישראלי על פירמות זרות הפועלות בישראל. למשל, ס' 18 לחוק התחרות הכלכלית עוסק ב"מיזוג עם חברה העוסקת בחוץ לארץ", ללמדנו כי פעילות אקסטרטוריאלי אינה שוללת את תחולת החוק, אם יש לפעילות הנדונה השלכה על השוק המקומי.

78 ראו למשל "קביעה בדבר הסדר כובל: ג'ימס ריצ'רדסון פ.ט. ווי ישראל", מיום 11.2.1999, וכן קביעה בדבר הסדר כובל בין יצרניות מסדרי מתח מבוודי גז, מיום 16.9.2013. ראו גם החלטה ת"צ



מקובל להשתמש לעניין הסמכות בדוקטרינת האפקט, המאפשרת להתבונן בהשלכות של הפעולה האנטי-תחרותית על השוק המקומי, וזאת אף אם הפעולה עצמה נעשתה מחוץ למדינה.<sup>79</sup> הוא הדין בנציבות האיחוד האירופי, המפעילה את דיני התחרות האירופים גם על חברה זרה, אם התנהגותה היא בעלת השפעה על צרכנים באירופה. כך, בנובמבר 2017 הודיעה נציבות התחרות האירופית על הטלת קנס על חמש יצרניות רכב זרות שמקום מושבן הוא יפן, וזאת בשל מעורבותן בהסדרים כובלים – שגובשו ביפן – בנוגע לאספקה של מוצרי בטיחות לרכב בתחומי האיחוד. בהתאם להחלטה, קרטלים המשפיעים על הצרכנים האירופים יטופלו בידי הנציבות האירופית, אף אם ההתארגנות הקרטליסטית נערכה מחוץ לאיחוד.<sup>80</sup> בהחלטה אחרת, ממאי 2018, הנציבות האירופית בחנה התנהלות מונופוליסטית של חברת גזפרום, שמקום מושבה הוא רוסיה; על החברה הזרה הוטלה שורת מגבלות במטרה למנוע ממנה לבדל שווקים לאספקת גז בתחומי האיחוד. הנציבה לענייני תחרות ציינה בהחלטתה: “All companies doing business in Europe have to respect European rules on competition, no matter where they are from.”<sup>81</sup>

לטעמנו, מבחן הסמכות הסטטוטורית של רשות התחרות צריך להיחתך לפי שאלת ההשפעה שיש לפרקטיקה פלונית על הצרכן בישראל. רשות התחרות הכלכלית מחזיקה בסמכויות שמטרתן למנוע ממונופולים לפגוע ברווחת הצרכן בישראל, אף אם מקום מושבם הוא בחו"ל. כמובן, לצורך הפעלת הסמכות ראוי להתחשב בכך שהשוק הישראלי הוא קטן; לצד עצם הסמכות עומד לרשות שיקול הדעת שלא להתערב, אם החלטתה אינה צפויה להיות בעלת אפקט של ממש, ואולי אף לגרור הפסקת פעילות של חברה זרה בישראל.<sup>82</sup>

**(מחוזי מר') 31367-09-16 ר.ל.פ.י חקלאות בע"מ נ' MAN TRUCK & BUS AG (פורסם בנבו, 8.9.2019), שם נקבע כי בעת שקיימת השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של הסדר כובל על התחרות בישראל, נכון לאמץ את דוקטרינת ההשפעה; לפיכך יש להחיל את דיני התחרות הישראלים בתחולה אקס-טריטוריאלית גם על הסדר כובל שנערך בין חברות זרות מחוץ לישראל, זאת באמצעות פרשנות חוק התחרות הכלכלית ועל רקע תכליתו: למנוע פגיעה בתחרות בישראל. ראו בנוסף איריס קנאור "המשפט הבינלאומי הפרטי וערעור הריבונות בעידן הגלובליזציה: החלת משפט ציבורי זר על חוזים עבר-לאומיים" עיוני משפט כז 489, 521–522 (2003); אריאל אזרחי "ידה הארוכה של תקנת המיזוגים האירופית מגבלות התחולה האקס-טריטוריאלית" מחקרי משפט יט 143, 150–151 (2002).**

79 פסק הדין המנחה בארצות הברית בעניין זה הוא *United States v. Aluminum Company of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) (U.S.). לדיון כללי ראו Roger P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: The United States and European Community Approaches*, 33 VA. J. INT'L L. 1, 6–7 (1992); Roger P. Alford, *The Extraterritorial Application of Antitrust Laws: A Postscript on Hartford Fire Insurance Co. v. California*, 34 VA. J. INT'L L. 213, 214–215 (1992).

80 ראו Case AT.39881 – Occupant Safety Systems supplied to Japanese Car Manufacturers – Commission Decision of 22.11.2017, <https://bit.ly/3kTikKS>.

81 ראו Case AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe – Commission Decision of 24.5.2018, <https://bit.ly/2VdaV02f>.

82 אנו שותפות בעניין זה לדעה שהביעו המלומדים אריאל אזרחי ודיויד גילה בספרם **דיני התחרות האירופאיים בראי דיני ההגבלים העיסקיים בישראל** פרק 14, ס' 14.5.8 (2019).

## 2. תובענות ייצוגיות

התובענות הייצוגיות הפכו זה מכבר למכשיר דיוני משמעותי לקידום המשפט בתחומי הגנת הצרכן והתחרות. פרט 4 לתוספת השנייה בחוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006 כולל "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית" כתביעה שניתן להגיש בקשר אליה בקשה לאישור תובענה ייצוגית. ניתן להצביע על הלכות חשובות שנפסקו בדיני תחרות במסגרת דיונית זו, כגון פסק הדין התקדימי של בית המשפט המחוזי מרכז בעניין **תנובה**, בסוגיות התמחור המונופוליסטי המופרז.<sup>83</sup> בתי המשפט בישראל נדרשים לא אחת לבקשות לאישור תובענות ייצוגיות כנגד חברות דיגיטליות בינלאומיות המבוססות על דיני התחרות, כגון התביעה לאסור על הרשת לעשות שימוש בנתוני משתמשים שהיא שואבת ממאגרי WhatsApp;<sup>84</sup> התביעה שבה פייסבוק מתבקשת להפסיק לסחור במידע פרטי ואישי של חברים בה, הכוללים נתונים אישיים ומשפחתיים, נתוני עבודה, תמונות והרגלי צריכה;<sup>85</sup> וכן התביעה לאסור עליה לתייג תמונות.<sup>86</sup> הגשת תביעה בישראל כנגד חברה זרה עשויה לעורר את שאלת הסמכות הבינלאומית של בית המשפט הישראלי. האם תובע פרטי זכאי לתבוע בישראל חברה זרה שמקום מושבה ועסקיה הרגילים הם מחוץ למדינה? האפשרות להמציא תובענה אזרחית מחוץ לתחום השיפוט של ישראל מוסדרת בתקנה 166 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט–2018, שכותרת השוליים שלה היא: "המצאה מחוץ לתחום המדינה". תקנה זו החליפה את תקנה 500 הוותיקה ששלטה בכיפה במסגרת תקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. בהתאם לתקנה 166 דהיום (ותקנה 500 הישנה), על מנת להקנות לבית המשפט בישראל סמכות שיפוט בינלאומית, על התובענה ליפול לאחת מהחלופות המנויות בתקנה. עניין זה אינו מובן מאלי שעה שהנתבעות הן חברות זרות. בעניין "קרטל המסכים", בית המשפט העליון לא התיר המצאה לחו"ל של בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד יצרניות זרות של פנלים למסכי מחשב. בבסיס הבקשה עמד קרטל בינלאומי בין היצרניות הזרות שלפני הנטען השפיע על המחיר בישראל. בית המשפט פסק כי תקנה 500, כנוסחה בעת הרלוונטית, אינה מאפשרת המצאה לנתבע זר, אם המעשה או המחדל שבהם מדובר לא התרחשו בישראל. הנשיאה חיות העירה שמצב משפטי זה אינו משביע רצון, בהינתן שהמעשה גרם נזק לצרכן הישראלי.<sup>87</sup> בסכך נוסף של התדיינות באותה פרשה, בית

83 ת"צ (מחוזי מר') 46010-07-11 נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ (פורסם בנבו, 22.6.2020).

84 ת"צ (מחוזי מר') 10588-01-18 גור נ' Facebook Inc.

85 ת"צ (מחוזי מר') 32237-06-18 גרינבלט נ' Facebook Inc.

86 ת"צ (מחוזי מר') 32672-02-17 ברק נ' Facebook Inc. בקשה זו והבקשות לעיל בה"ש 84–85 לאישור התובענות הייצוגיות עורן תליות ועומדות.

87 רע"א 925/17 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' AU Optronics Corp. (פורסם בנבו, 6.3.2016). הנשיאה א' חיות ציינה (פס' 6 להחלטה): "מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפרע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטיו נגרם לו נזק הוא מצב בלתי רצוי, ומבחינה זו ספק אם התקנה בנוסחה הנוכחי הולמת את מגמות הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות בעולמנו... בדין האנגלי ממנו שאובה הוראת תקנה 500 (7) במקור, שונה זה מכבר נוסח התקנה באופן המקים עילה להמציא כתבי בידין מחוץ לתחום המדינה גם במקרים שבהם הנזק בלבד קרה בתחומי המדינה וללא קשר לשאלה היכן ארע המעשה או המחדל שגרמו לו... עוד

המשפט העליון התיר את המצאת התובענה לחברה זרה לאחר שהושג הסדר פשרה עם אחת מחברות הקרטל, וזאת על בסיס היות החברה הזרה "בעל דין דרוש, או בעל דין נכון, בתובענה שהוגשה כהלכה נגד אדם אחר".<sup>88</sup>

בתיקון משנת 2018 ל**תקנות סדר הדין האזרחי** התשמ"ד-1984 הוספה **תקנה 500(א7)**, בגדרה עוגנה חלופת הנזק ברשימת המקרים שבהם ניתן להמציא תובענה לחו"ל: "התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי".<sup>89</sup> תקנה זו אומצה במסגרת **התקנות החדשות**: ראו **תקנה 166(5) לתקנות סדר הדין האזרחי**, התשע"ט-2018. הרציונל לתוספת זו נלמד מדברי ההסבר: "הפרשנות שניתנה בפסיקה ל**תקנה 500(7)** היא שלא די בקרות הנזק בישראל כדי להצמיח עילה למתן היתר המצאה מחוץ למדינה, אלא דרוש כי המעשה או המחדל שעליהם מבוססת התובענה יהיו בתחום המדינה. בנסיבות אלה, שבהן **תקנה 500(7)** כנוסחה היום שוללת אפשרות למתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום המדינה אם לא נעשה מעשה או מחדל בישראל, מוצע כעת לתקן את נוסח התקנה כך שתהלוס את מגמות הגלובליזציה וההתפתחות הטכנולוגית בת ימינו ולאפשר המצאה מחוץ לתחום בהתאם לתנאים שנקבעו בתקנה זו... מוצע להרחיב את ההגנה שניתנת במסגרת **תקנה 500(7)** ולהוסיף **תקנה 500(א7)** שתכלול את האפשרות להגיש בישראל תביעה בגין נזק שארע בתחום המדינה גם כאשר המעשה או המחדל שגרמו לו, נעשו מחוצה לה. יש ליצור מסלול שיאפשר לתובע שנפגע מהתנהגות חברה בינלאומית, שירותיה או מוצריה להגיש תביעה בישראל".<sup>90</sup> תקנה זו סוללת את הדרך להכיר בסמכות שיפוט של בית משפט ישראלי גם כלפי חברות זרות, שעה שלצרכן בישראל נגרם נזק הגבלי.

לצד סמכות השיפוט הבינלאומית, עשויה להתעורר שאלת הפורום הנאות לדון בתובענה. חברות זרות הנתבעות בישראל עשויות לטעון כי אף אם בית המשפט בישראל קנה סמכות, הרי שהפורום הישראלי איננו הפורום השיפוטי הנאות להכריע בסכסוך. דוקטרינת הפורום הלא נאות

ראיתי לציין כי בטיוטת תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014, ניתנה הדעת לסוגיה זו והוצע לתקן את נוסח התקנה כך שתקום עילת ההמצאה אל מחוץ לתחום המדינה במקרים שבהם 'מבוקש סעד לגבי מעשה, מחדל או נזק שניתן היה לצפותו מראש, שנעשה, עומד להיעשות או צריך היה להיעשות בתחום המדינה'... מכל מקום, **תקנה 500(7)** כנוסחה היום שוללת אפשרות למתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום המדינה אם לא נעשה מעשה או מחדל בישראל, ומשכך דין הבקשה להידחות". מצב חוקי בלתי משביע רצון זה תוקן בהוספת חלופת הנזק ב**תקנה 500(א7) לתקנה א**. כניסוחה של **תק' 500(10) לתקנות סדר הדין**, התשמ"ד-1984 – הן התקנות שחלו באותה עת. ראו **רע"א 4199/20 הצלחה – לקידום חברה הוגנת (ע"ר) נ' Chi Mei Corporation** (פורסם בנבו, 15.8.2021).

88 ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2), התשע"ט-2018, ק"ת 1483 (11.12.2018). תקנה זו אומצה במסגרת התקנות החדשות: ראו **תק' 166(5) לתקנות סדר הדין האזרחי**, התשע"ט-2018.

90 בעניין תקנה 500(א7) ראו גם **ת"א (מחוזי ת"א) 3661-03-18 עזבון זיד נ' אלג'ור תחנת מעבר לגריסה ומיחזור בע"מ** (פורסם בנבו, 3.9.2019); **ע"ר (מחוזי ת"א) 67771-07-18 BOOKING** COM B.V. נ' **שפירא** (פורסם בנבו, 20.2.2019); **רע"א 9463/17 Hotels.com L.P נ' סיליס** (פורסם בנבו, 16.1.2019); טליה קונפינו שר **סמכות שיפוט על נתבע זר** 107-102 (2000).

מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט ומאפשרת לו להפנות את המתדיינים לפורום זר שהוא "טבעי" יותר להתדיינות.<sup>91</sup> המבחינים שמקובל להפעיל לעניין זה הם: מירב הזיקות, הציפיה הסבירה של הצדדים, והאינטרס הציבורי.<sup>92</sup> בעניין **בן חמו** סבר בית המשפט המחוזי מרכז כי על אף הזיקות של הסכסוך למדינת קליפורניה, קיימות די והותר זיקות המצדיקות התדיינות בישראל.<sup>93</sup> בעניין **ארבל** ציין בית המשפט העליון, בהתייחס לציפיות הסבירות של הצדדים: "ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובינם לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפייה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיחבצו באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלוניא את הסיכון כי ייתבע בה לדין".<sup>94</sup> מאותו נימוק, בית המשפט המחוזי מרכז דחה בקשה לבטל היתר המצאה לחו"ל לחברה זרה, שהייתה צד לקרטל בינלאומי לתיאום מחירים של כונני תקליטורים, וראה בה "בעל דין דרוש": "חברה בינלאומית הפועלת במדינות שונות לוקחת את הסיכון כי תיחבצו במדינות בהן היא פועלת".<sup>95</sup> בירור תובענה ייצוגית בישראל עלול להיתקל במכשול דיוני נוסף, שעה שחברות זרות כוללות בהסכמי ההצטרפות או בתקנוניהן תניות חוזיות שנועדו להגביל את פורום השיפוט או את ברירת הדין.<sup>96</sup> מקובל כי עצם קיומה של תנית שיפוט זר אינה שוללת על הסף את סמכותו של בית המשפט בישראל. עם זאת, בתי המשפט נוהגים לכבד הסכמים בהם נקבעת תניית שיפוט, ובלבד שאין מדובר בחוזה אחיד שתנאיו מוכתבים חד-צדדית והוא פוגע בזכות הגישה לערכאות.<sup>97</sup> בהחלטה מנחה של בית המשפט העליון, בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד

- 91 ראו למשל **ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי**, פ"ד לט (1) 365, 385 (1985).
- 92 ראו למשל **רע"א 1785/15 Alison Transport Inc נ' Cosco Container Lines Co Ltd**, פס' 12 (פורסם בנבו, 15.7.2015); **ע"א 7841/09 הקרן הפלסטינית לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלוני**, פס' 20 (פורסם בנבו, 28.10.2015).
- 93 **ת"צ (מחוזי מר) 46065-09-14 בן חמו נ' Facebook Inc** (פורסם בנבו, 10.6.2016): "אכן, קיימות זיקות גם לפורום הזר. כך למשל, המשיבות הן חברות זרות שמאגדות בארה"ב ובאירלנד; מקום מושבה של פייסבוק ארה"ב הוא במדינת קליפורניה; מסמכי האתר כתובים בשפה האנגלית; והפעולות הנטענות המיוחסות למשיבות, נעשו לכאורה על גבי שרתים שמצויים מחוץ לישראל. ואולם קיימות זיקות משמעותיות אחרות לפורום הישראלי: פייסבוק מפעילה ממשק בשפה העברית הפונה לקהל הישראלי; לפייסבוק מיליוני משתמשים ישראליים; מסמכי האתר שאותם נדרשים המשתמשים לאשר מתורגמים גם לשפה העברית; פייסבוק מאפשרת פרסום בעברית; עילות התביעה מתייחסות למשתמשים הישראלים של פייסבוק; ההודעות הפרטיות נשלחו על ידי משתמשים מישראל; וכפי שנאמר ועוד יובהר, הדין שיחול על התובענה הוא הדין הישראלי... עדי פייסבוק מצויים מחוץ לישראל ואילו עדי המבקש מצויים בישראל, כך שהקושי בהבאתם לדין זהה ביחס לשני הפורומים..." (שם, פס' 30 לפסק דינה של השופרת א' שטרם).
- 94 **רע"א 2737/08 ארבל נ' TUI AG**, פס' 18 לפסק דינו של השופט דניצ'גר (פורסם בנבו, 29.1.2009).
- 95 **ת"צ (מחוזי מר) 23139-05-16 לנואל נ' Royal Philips Electronics N.V.** (פורסם בנבו, 2.5.2019), בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון – נדחתה (**רע"א 1152/20**).
- 96 פורום השיפוט וברירת הדין הן שתי שאלות נפרדות, אך שלובות זו בזו. לדין רחב ראו מיכאיל קרייני **השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית** (2002).
- 97 ראו למשל **רע"א 102/88 מעדני אווז הכסף בע"מ נ' CENT OR S.A.R.L**, פ"ד מב(3) 201 (1988); **רע"א 6574/12 סאמיט פאנד ניהול השקעות בע"מ נ' בן יעקב** (פורסם בנבו, 7.3.2013).

פייסבוק-אירלנד, נפסק שהתובענה תחברר בישראל, למרות שבהסכם ההצטרפות נכתב שתביעות כנגד החברה תוגשנה רק במדינת קליפורניה בארצות הברית.<sup>98</sup> בערעור בעניין [בן חמו](#) ציינה הנשיאה חיות כי "למרבית המשתמשים בפייסבוק אין את האמצעים ואת הידע לנהל התדיינות משפטית בקליפורניה, ומכאן שהעדפת האינטרסים של פייסבוק-אירלנד בהקשר זה יוצרת מצב בלתי מאוזן".<sup>99</sup> בית המשפט עמד על כך ש"לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראליים בפייסבוק. פייסבוק-אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם, ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק-אירלנד אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי, ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק-אירלנד היא גרועה במיוחד. מאפיינים אלה של ההתקשרות בין פייסבוק-אירלנד והמשתמשים הישראליים בפייסבוק מצדיקים קיומו של פיקוח הדוק על פעילותה והחלת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות".<sup>100</sup>

פסיקה חשובה זו מכירה בנחיתות הדיונית של המשתמש ביחס לחברה הדיגיטלית ומבקשת לגשר על הפער באמצעות ביטול תניות חוזיות מקפחות בחוזים אחידים המקשות על הגשת תביעות בארצו של המשתמש. אנו תומכות במדיניות שיפוטית זו. מדובר בחברות בינלאומיות גדולות ביותר, המסוגלות להתדיין בארצות העולם, בעוד שהמתדיין הפרטי עשוי לוותר כליל על תביעתו אם יאלץ להגישה בחו"ל. ככלל, פורום השיפוט צריך לעקוב אחר המשתמש ולא אחר החברה הדיגיטלית; חברה המנהלת עסקים מסביב לגלובוס יכולה וצריכה להיערך להתדיין במקום מגוריו של המשתמש.

אשר לדין החל על הסכסוך: בערעור בעניין [בן חמו](#), בית המשפט העליון לא מצא פסול בתניה בהסכם ההצטרפות הקובעת שהדין שיחול על התביעה הוא הדין במדינת קליפורניה.<sup>101</sup> המשמעות של החלת הדין הזר היא, שהתובע הישראלי יצטרך להוכיחו בישראל ולשם כך יהא עליו להגיש חוות דעת מומחית. מהלך זה מייקר, כמובן, את עלויות התביעה ועלול להוות חסם בפני הגשתה. לדעתנו, אין לשלול את החלת הדין בישראל על תביעות כגון דא, בין בדרך של פרשנות צרכנית של תניות ברירת הדין לטובת המשתמש, ובין באמצעות החלת דיני הקיפוח בחוזים אחידים. גישה שיפוטית כזו אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט המחוזי מרכז, שפסק כי שתי תובענות ייצוגיות שהוגשו נגד גוגל תתבררנה לפי הדין בישראל. בית המשפט מצא שתניות ברירת הדין בהסכמי השימוש נוסחו בצורה מעורפלת שלא היה בה כדי להבהיר למשתמש שהדין החל איננו דין מדינתו.<sup>102</sup>

98 רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו (פורסם בנבו, 31.5.2018).

99 שם, פס' 35.

100 שם, פס' 37.

101 שם, פס' 43.

102 ת"צ (מחוזי מ"ר) 52768-07-15 אשל נ' Google Inc. (פורסם בנבו, 22.10.2020). ראו פס' 34 להחלטת הש' א' שטמר: "תניית ברירת דין צריכה להיות ברורה, כך שהמתקשר יבין כי לא יוכל להתדיין לפי דיני מדינתו. ודאי כך כשמדובר בחוזה אחיד".

תובענות ייצוגיות שנושאן הוא פעילות בינלאומית צפויות להיתקל גם בשאלת **תחולתו האקסטרטוריאלי של החוק הישראלי**. האם **חוק התחרות הכלכלית** חל על חברות זרות הפועלות מחוץ לישראל? מקובל, בהתאם לעקרון הריבונות, שהמדינה אינה מחילה את חוקיה אלא על מעשים ומחדלים שנעשו בשטחה.<sup>103</sup> כידוע, תביעה אזרחית לפי **חוק התחרות הכלכלית** מבוססת על אדנים נזיקיים: **סעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית** קובע, כי דין מעשה או מחדל שנעשו בניגוד להוראות החוק יראו כעוולה נזיקית. לפיכך, יש להחיל את **סעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש]** המורה כי הוראות הפקודה יחולו על עוולה שנעשתה בישראל.<sup>104</sup> לכן, שעה שניתן לייחס לנתבע הזר מעשה או מחדל שנעשה בישראל, הרי שהחוק הישראלי יחול. ואולם, לעיתים מדובר בפעולות שנעשו מחוץ לישראל, במיוחד שעה שמדובר בחברות זרות. במקרה כזה, מתחדדת השאלה של ברירת הדין. מקובלת בעניין היא "דוקטרינת ההשפעות", המתנה את תחולתו של **חוק התחרות הכלכלית** הישראלי בכך שהמעשה הנבחן הוא בעל השפעה משמעותית על התחרות בישראל. ואולם גדרה של דוקטרינה זו טרם הוכרעה.<sup>105</sup> בעניין **ר.ל.פ.י חקלאות**, המבקשת ביקשה לאשר תובענה ייצוגית כנגד קבוצת חברות זרות, בטענה שהיו צד לקרטל בינלאומי לתיאום מחירי משאיות ולהסדרים כובלים נוספים באופן שגרם לעליית מחירי המשאיות בישראל.<sup>106</sup> בית המשפט דחה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, בנימוק לפיו אין תחולה ל**חוק התחרות הכלכלית** הישראלי. נפסק כי לצורך החלת **חוק התחרות הכלכלית**, על התובע הייצוגי להוכיח "השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכובל על הפגיעה בתחרות בישראל". באותו עניין, בית המשפט סבר כי המבקשות לא עמדו ברף ההוכחה הנדרש: לא רק שההסדר הכובל לא נעשה בישראל, אלא שלא הונחה תשתית ראייתית להוכיח שהחברות הזרות ניסו להשפיע על השוק או על צרכנים בישראל.<sup>107</sup>

גישה מרחיבה יותר מבוטאת בהחלטה של בית המשפט המחוזי מרכז בתובענה ייצוגית שעסקה בקרטל בינלאומי לתיאום מכרזים, מחירים וחלוקת שוק בנוגע לשימוש בנמלי ים בעולם.<sup>108</sup> נפסק כי **חוק התחרות הכלכלית** יחול גם על אירועים בעלי אופי בינלאומי שיש בהם כדי להשפיע באופן משמעותי על התחרות בישראל: "לעת הזו יש הסכמה רחבה ביחס לתחולה

103 ראו למשל **בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר-האוצר**, פ"ד ו 945 (1952). תומך במסקנה זו גם עקרון האפקטיביות, המבקש להתחשב בכוחה של המדינה לאכוף בפועל את ריבונותה.

104 ראו בעניין זה פסק דינו של בית המשפט העליון ב**דנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר**, פ"ד סה(1) 735 (2011).

105 דוקטרינת ההשפעות הוחלה לראשונה בהחלטת הממונה בעניין **גיימס ריצ'רדסון** בנושא שוק הבשמים, קביעה לפי **ס' 43(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים**, התשמ"ח-1988, הגבלים עסקיים 3002438 (1995).

106 עניין **ר.ל.פ.י חקלאות**, לעיל ה"ש 78.

107 ערעור על ההחלטה תלוי ועומד בבית המשפט העליון (**רע"א 6646/19**). ההחלטה זכתה להערה מסייגת בת"צ (**מחוזי מר'**) **65546-02-18 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת ואח' נ' UBS AG**, שם נבחנה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חמישה בנקים זרים שלפי הנטען חברו יחד לביצוע "מניפולצית הליבור". הבקשה סולקה על הסף בנימוק של היעדר יריבות. בהערת אגב, בית המשפט ציין כי ראוי ככלל להחיל את דוקטרינת ההשפעות ביד רחבה, וזאת מתוך האינטרס ליתן מענה לצרכנים ישראליים שנפגע מפעילותו של גוף זר.

108 **ת"צ (מחוזי מר') 4715-10-17 בזה נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ** (פורסם בנבו, 1.9.2020).

חוץ טריטוריאלי של דיני התחרות על בסיס דוקטרינת ההשפעות ושהיא מהווה חלק אינטגרלי מהמשפט הבינלאומי המנהגי. בכל המדינות בהן הוכרה הדוקטרינה, נדרשת השפעה שלילית על התחרות במדינה האוכפת, וההשפעה צריכה להיות משמעותית... מקום בו קיימת התנגשות בין הדין הישראלי לכללי המשפט הבינלאומי יפורש החוק הישראלי באופן המתיישב עם האחרון, כל עוד אין בחוק הוראה מפורשת שמנוגדת לפירוש כאמור... חוק התחרות אינו כולל הוראה המתנגשת בתחולה חוץ טריטוריאלי של הוראותיו למעט בנוגע למיזוגים.<sup>109</sup>

הנה כי כן, תובענות ייצוגיות נתקלות במכשולים לא מבוטלים כבר בשער הכניסה לבית המשפט. אנו בדעה כי בכל הקשור למעצמות הטכנולוגיה, יש למתן את חסמי הכניסה הדינוניים. ראוי לראות בתובע ייצוגי סוכן חברתי המקדם את פיתוח המשפט בישראל. תובענות ייצוגיות הן מכשיר חשוב לאיתור פגיעות צרכניות והגבליות ולקידום פתרונות מאוזנים, ממקרה למקרה. תובענה ייצוגית שאינה ראויה למתן סעד, תידחה לגופה; ואולם בהיעדר סיבות חריגות – ראוי לה שתישמע. וועדת הקונגרס האמריקני שאזכרה לעיל עמדה על חשיבות האכיפה הפרטית לריסון עצמתן של חברות דיגיטליות גדולות.<sup>110</sup> בהמלצותיה נכללו צעדים לחיזוק יכולות התביעה, כגון בדרך של הטלת איסור על חברות דיגיטליות להגביל משתמשים בפניות לבית המשפט. ראוי לזכור שהתובע הייצוגי ערני לפגיעות צרכניות הנחווות בשטח, והוא מומרץ להגיש תביעה אזרחית שעשויה להניב לו הישגים. לעומת זאת, האכיפה השלטונית סובלת מסרבול יחסי, משום שהיא כרוכה בתערוף משימות, בהקצאת משאבים וכוח אדם. במישור הצפיות של הצדדים, אין צורך לומר כי האזרח בישראל מצפה להגנת הדין של מדינתו בה הוא חי. ואילו חברות בינלאומיות אינן רשאיות להניח שישראל היא מדבר ללא חוק. ישראל היא חלק מהקהילה העולמית המאופיינת במסחר בינלאומי ובתנועה ערה של אנשים, סחורות ושירותים, ומוצרי תרבות. פעילותן של חברות טכנולוגיה זרות בעולם היא חלק מהמהלך הגלובלי והיא מורגשת היטב בישראל; די אם נתבונן בפעילות יומית שגרתית של אזרח מהשורה הכוללת למצער אחד מאלה: חיפוש אינטרנטי (גוגל), שימוש באפליקציות (אפל), מסחר מקוון (אמזון), וגלישה ברשתות חברתיות (פייסבוק).<sup>111</sup> אנו קוראות אם כן לחיזוק האכיפה הפרטית בישראל, בדרך של הקלה באישור הבקשות לתובענות ייצוגיות.

## סיכום תמציתי

העולם הטכנולוגי מהווה את אחד האתגרים המשמעותיים הניצבים כיום בפני רשויות הרגולציה. התכונות הייחודיות לרשת הופכות אותה לפעילות כלכלית מערערת, קשה לתפיסה וקשה לריסון, כזו הטורפת את קלפי המשחק המוכרים ומחייבת להידרש מחדש לגיבוש מדיניות אכיפה ראויה.

109 שם, פס' 88–89 להחלטה. ההחלטה עוסקת בהליכי גילוי מסמכים, והובהר בה כי בשלב דיוני מקדמי זה יש מקום לתחולה לכאורה של החוק הישראלי.

110 ראו את הדו"ח המובא לעיל, בה"ש 57.

111 לסקירה רחבה של דוקטרינת ההשפעות בארץ ובעולם ראו תמר אינדיג ומיכל גל ["דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלי של חוק התחרות"](#) עיוני משפט מה (צפוי להתפרסם, 2022).

אנו מציעות כי שתי מוסכמות יסוד נותרות ללא שינוי: מצד אחד, התחרות נותרה אמצעי בסיסי לקידום יזמות וחדשנות. מצד אחר, גם המונופולים נותרו כפי שהיו: הם שואפים מטבעם להתפשטות בלתי-מרוסנת. בפרק זה הראינו כי בסביבה הדיגיטלית המרושתת, ככל שמרכיב הנתונים, המידע והידע בארגון גדל, כך תהליך המונופוליאזיה מהיר ועוצמתי יותר. האינטרס הציבורי מחייב תגובה המבוססת על לימוד הייחודיות של ענף הטכנולוגיה: לקדם מרחב פעילות תחרותי ולפעול לריסון הכוח המונופוליסטי.

לשם כך, ובראש ובראשונה, על רשויות הרגולציה ללמוד את צבעי הסוואה המסתירים התנהלות מונופוליסטית ברשת. על הרגולטורים להכיר בכך שבסביבה הדיגיטלית המרושתת, ככל שמרכיב הנתונים והטכנולוגיה בארגון גדל, כך גדל הפוטנציאל של הארגון להיפך למונופול והזמן הנדרש לכך – מתקצר. במקום להיות אמצעי תומך תחרות, נתונים הפכו למשאב המאפשר לחברות טכנולוגיה לספק מוצרים "בחינם". אלא שה"חינם" אינו אמיתי, והשימוש במידע הוא אסימטרי. במצב דברים כזה, יש בידי מעצמות האינטרנט כוח להקטין את מרחב התחרות במגוון פרקטיקות, ולפעול באופן שאינו עולה בקנה אחד עם רווחת הצרכן. מחיקת צבעי הסוואה תחשוף את המראה המלא ותאפשר לאבחן את הפגיעה באינטרס הציבורי. האבחון צריך להיעשות באופן שוטף ודינמי. לאחריו ניתן יהיה לגבש מדיניות רגולטורית ראויה המבקשת לחשוף את המונופוליאזיה המוסווית ולהשיב לרשת את הממד התחרותי ההולך ונשחק. מסלול משפטי אחד, בו צועדת ארצות הברית של היום, הוא מסלול של הגשת תביעות הגבליות לבתי המשפט. יתרונו של מסלול זה הוא בפיתוח הדין ממקרה למקרה, תוך לימוד הנסיבות הספציפיות והושטת הסעדים המתאימים להן. מסלול משפטי אחר הוא המסלול החקיקתי, המוצע עתה באירופה, ואשר שואף לאסדרה הרמונית ומלאה של השווקים הדיגיטליים. אלה אינם מסלולים חלופיים. לצד תביעות משפטיות (ותובענות ייצוגיות בתוך כך), ראוי לשקול חיזוק סטטוטורי של סמכויות החקירה והאכיפה של רשות התחרות הכלכלית, להתמודדות מיטבית עם מעצמות העל הדיגיטליות.