

מאי 2019

לכבוד: עו"ד מיכל הלפרין, הממונה על התחרות הכלכלית

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה

נייר עמדה בנושא: סוגיות של תחרות בכלכלה הדיגיטלית

כללי

הכלכלה האינטרנטית מציבה אתגרים משמעותיים בפני רשויות התחרות, בארץ ובעולם. המאפיינים המיוחדים של כלכלה זו דוחפים את השוק לרמה גבוהה של ריכוזיות, ומייצרים פירמות ענק, אשר לא אחת מכונות מעצמות הטכנולוגיה או מעצמות האינטרנט. בספרות המקצועית מדובר מזה זמן על "חמש הגדולות", אשר כינוי מקובל שלהן הוא GAFAM: גוגל, אמזון, פייסבוק, אפל, מייקרוסופט. חברות ענק אמריקניות אלה פועלות בזירה הבינלאומית הרחבה והן בעלות השפעה דרמטית על עיצוב כללי המשחק של השוק העולמי ועל רווחת המשתמשים בשווקים רבים בעולם – ובתוך כך גם בישראל. ההתייחסות אל חברות אלה היא כאל מונופול, כל אחת בתחומה (כגון: גוגל בתחום מנועי החיפוש) ובשווקים הגיאוגרפיים השונים (האיחוד האירופי; ארצות הברית). ואולם דומה שאין מדובר ב"מונופול" במובן המוכר והמסורתי. השווקים הם חוצי גבולות גיאוגרפיים; מדובר בחברות ענק המגלגלות סכומי עתק בסדרי גודל שלא נודעו קודם לכן; והעיקר – המודל העסקי האינטרנטי מבוסס באופן מסיבי על מידע עצום ורב הזורם ברשת, בהיקפים, באינטנסיביות ובמגוון בלתי רגילים (big data). המידע העצום משמש את חברות הענק לא רק למחקר ולפיתוח, אלא גם כמודל עסקי המממן את פעילויותיהן. שירותים רבים ניתנים באינטרנט ב"חינם", ללא תמורה כספית, שעה שהצרכן משלם – בדרך כלל באופן בלתי מיודע דיו – באמצעות המידע הפרטי הנאסף אודותיו אגב גלישתו.

מדובר בתופעה עוצמתית ומערערת (disruptive). הטכנולוגיה האינטרנטית משנה את כללי המשחק הידועים, שכן היא מכניסה פנימה גורמים ומשתנים חדשים המערערים שיטות חשיבה מסורתיות. השאלה הנשאלת היא, אם אמות המידה המקובלות בישראל לטיפול במונופולין תופסות גם בשווקים האינטרנטיים ובאיזו מידה הכלכלה הדיגיטלית מחייבת התייחסות שונה מצד רשויות התחרות. לצד שאלה גדולה וכלל עולמית זו, מתעוררת השאלה הישראלית: באיזו מידה רשות התחרות הישראלית מצוידת בכלים להתמודד עם פרקטיקות אנטי-תחרותיות של מעצמות טכנולוגיה בינלאומיות הפועלות בישראל, ועד כמה נכון וראוי לה לרשות להתערב בפרקטיקות עולמיות שמקורן הוא חברות זרות גדולות שאינן מתייחדות לשוק בישראל.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בנייר עמדה זה נבקש לפרוש קווי מתאר ראשוניים לחשוב על הסוגיה. אנו עושים זאת לאחר שקיימנו כנס בנושא זה במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה ביום 7 לאפריל 2019.¹ טיפול מקיף בתופעה מתחייב לדעתנו בראש ובראשונה להפעיל את סמכויות החקירה של רשות התחרות במקרים מתאימים, וזאת על מנת לאסוף נתונים קונקרטיים באופן שיטתי ונמשך, כדי להניח תשתית עובדתית ולאפשר ראייה פנורמית. כן מוצע לשתף פעולה בין רשויות רגולטוריות בישראל, האמונות על האינטרס הציבורי, בעיקר הרשות להגנת פרטיות והרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן, לצורך עיצוב מדיניות הרמונית ועקבית.

הכלכלה הדיגיטלית: מאפיינים

עידן האינטרנט בו אנו חיים מערער את כללי המשחק של השוק. לכאורה, האינטרנט מביא עמו בשורה לשחקנים קטנים וחדשים, אשר דומה שיכולים להיכנס לשווקים ביתר קלות בשל חסמי כניסה נמוכים יחסית. הזירה האינטרנטית היא לכאורה פתוחה, והשחקנים – מוזמנים. האינטרנט מזמין יתרונות מובהקים לא רק לעסקים קטנים אלא גם עבור הצרכנים, הנהנים מעלויות חיפוש זולות וממגוון רחב של מוצרים תחליפיים,² היוצרים ציפייה לירידה במחירים.³ ואולם בד בבד אנו עדים להיווצרותם של מונופולי ענק בעלי כוחות שוק משמעותיים וחסרי תקדים, החושפים אותנו לסיכון של פרקטיקות אנטי תחרותיות.

עיון במאפייני הכלכלה האינטרנטית מלמד כי היא שונה ממבני שוק מסורתיים. ניתן להצביע על מספר מאפיינים חשובים המבדלים אותה מהכלכלה ה"ישנה": האחד הוא **אפקט הרשת**, והשני הוא **גורם הפלטפורמה**. לצד אלה, הכלכלה האינטרנטית סובלת מבעיה של **מידע א-סימטרי**, העלול לעוות את יעילות העסקה.

באפקט הרשת (Network Effect), הכוונה היא לכך שהשתתפותם של משתמשים רבים בפעילות מסוימת מגבירה את התועלת האישית של כל אחד מהמשתמשים. תופעה זו בולטת ברשתות חברתיות, המעודדות יחסי גומלין ושיתופי פעולה בין מאות מיליוני אנשים, ומאפשרות העברת מידע, העדפות צרכניות ותקשורת האחד עם השני.⁴ בכלכלת פלטפורמות, אפקט הרשת מתרחש כאשר הערך שמייצר משתמש בפלטפורמה גדל ככל שמספר המשתמשים הכולל גדל.⁵ השפעת

¹ לתמצית תוכן הכנס ראו <https://www.colman.ac.il/node/10933>

² Allen P. Grunes and Mautice E. Stucke, *No Mistake About It: The Important Role of Antitrust in the Era of Big Data*, THE ANTITRUST SOURCE 1, 4, 13 (April, 2015); Howard A. Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1683 (2013).

³ Mireille Hildebrandt, *Primitives of Legal Protection in the Era of Data-Driven Platforms*, GEORGETOWN LAW TECHNOLOGY REVIEW 4 (2018).

⁴ Pin Luarn, Jen-Chieh Yang and Yu-Ping Chiu, *The Network Effect on Information Dissemination on Social Network Sites*, 37 COMPUTERS IN HUMAN BEHAVIOR 1 (2014); Mark A. Lemley & David McGowan, *Legal Implications of Network Economic Effects*, 86(3) CAL. L. REV. 479 (1998); Geoffrey A. Manne and Joshua D. Wright, *Google and the Limits of Antitrust: The Case against Google*, 34 HARV. J. L. & PUB. POLY 171, 208 (2011).

⁵ Howard Shelanski, Samantha Knox and Arif Dhilla, *Network Effects and Efficiencies in Multisided Markets* (2017), זמין ב: [https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2017\)40/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2017)40/FINAL/en/pdf)

אפקט הרשת בקרב ענקיות הטכנולוגיה מעלה שורת שאלות באשר לאכיפת דיני ההגבלים העסקיים ובמיוחד באשר לקיומו של כוח מונופוליסטי.⁶

אפקט הרשת מודגם היטב בכלכלה האינטרנטית: למשל, ככל שיש לי מספר רב יותר של חברים בפייסבוק, כך אוכל לתקשר עם חברים רבים יותר, להחליף דעות ורעיונות ולהפיץ באופן רחב את מרכולתי. שימוש מרובה משתתפים אינו פוגע ברגיל ברווחת הפרט (עד למידה מסוימת), אלא להיפך (בדרך כלל): הוא מאפשר לפרט להגביר את היקף פעילותו, להגיע לקהלי יעד נוספים, להפיץ מידע, להזמין, לשווק ולסחור, וכיוצא באלה פעילויות מסחריות רבות, שונות ומגוונות. אפקט הרשת מוכר היטב בספרות הכלכלית. מקובל להניח כי בהתקיים אפקט הרשת, התוצאה הצפויה היא היווצרותן של רשתות גדולות. תוצאה זו אינה נכפית על השוק, והיא אינה מלאכותית. להיפך: זוהי תוצאה טבעית של פעילות השוק. הדחיפה לגודל מגיעה מן השטח: מהשחקנים הפועלים בשוק – ספקים וצרכנים – ללא הכוונה מאורגנת. לכן, שוק שיש בו אפקט רשת, הוא שוק שבו קיים דחף טבעי להיווצרות מונופולים וממילא לריכוזיות. הריכוזיות מנציחה את עצמה: שעה שרשת מסוימת צברה מעמד כרשת דומיננטית, קשה יהיה להחליף אותה באחרת. ההחלפה כרוכה בעלויות מעבר, אשר צפויים להקשות על תנועת הצרכנים מרשת אחת לאחרת. הטעם לכך הוא שהמשתתפים ברשת כבר קשורים במגוון רחב של קשרים עם חבריהם ברשת, והם יתקשו להמירה ברשת חלופית, שכן ההמרה כרוכה בעלויות של אובדן קשרים, ולכן גם באובדן של הזדמנויות עסקיות, חברתיות ואחרות. גם מצד הספקים צפויה הכבדה על כניסה אל השוק, משום שהם נתקלים ברשת גדולה ומבוססת, מרובת משתתפים. הרשת, לכן, מקימה חסם מעבר (בצד הצרכנים) וחסם כניסה (בצד היצרנים). חסם הכניסה מקבע את הדומיננטיות של הרשת הגדולה.⁷

3

לצד אפקט הרשת פועל בשוק אינטרנטי גם **גורם הפלטפורמה**. הכלכלה האינטרנטית היא בעיקרה כלכלת פלטפורמות: פלטפורמות אינטרנטיות גדולות מהוות זירה למפגש בין צד הקונים לצד המוכרים, והן מתווכות ביניהם. אין הגדרה אחת ל"פלטפורמה" דיגיטלית. שלנקי (Shelanki) הציע שמדובר ב"גישור בין פעילויות הכוללות שילוב של תוכן ושירותים באמצעות גישה טכנית ומסחרית".⁸ דיוויד אוונס (Evans) תיאר פלטפורמות אינטרנטיות כ"שויות המספקות תוכנה ושירותים שעליהם מסתמכים עסקים אחרים כדי ליצור מוצרים משלימים".⁹ לענייננו, הנקודה החשובה נעוצה בכך שהפלטפורמה האינטרנטית מחוללת את עצם הפעילות המסחרית: היא מהווה

⁶ Manne and Wright, לעיל ה"ש 4, בעמ' 223.

⁷ בתחום "כלכלת הרשת" מפורסמת עבודתם החלוצית של Katz & Shapiro משנת 1985:

Michael L. Katz and Carl Shapiro, Network Externalities, Competition, and Compatibility, 75 AMERICAN ECON. REV. (1985) 424; הספרות הכלכלית והמשפטית בתחום זה היא ענפה. להגדרה וניתוח של "אפקט הרשת" עיינו גם: William E. Cohen, ; Richard A. Posner, *Antitrust in the New Economy*, 68 ANTITRUST L. J. 925 (2001); *Competition and Foreclosure in the context of Installed Base and Compatibility Effects*, 64 ANTITRUST LAWRENCE A. SULLIVAN, *Is Competition Policy Possible in High Techmarkets? An Inquiry*; L.J. 535 (1996) *into Antitrust, Intellectual Property, and Broadband Regulation as applied to The New Economy*, 52 CASE S.J. Liebowitz and Stephen E. Margolis, *Network Externality: An Uncommon*; W. RES. 41 (2001) Mark A. Lemley and David McGowan, *Legal Implications of; Tragedy*, 8 J. OF ECON. PERSP. 133 (1994) *Network Economic Effects*, 86 CALIF. L. REV. 479 (1998).

⁸ ראו Shelanki, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1683.

⁹ David Evans and Richard Schmalensee, *The Industrial Organization of Markets with Two-Sided* ; Platforms, 3 COMPETITION POLICY INTERNATIONAL 151 (2007); ראו להלן ה"ש 10.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מעין שער כניסה דרכו עוברים ספקים וצרכנים אל זירת מסחר, ובאמצעותה מוחלפים מידע, סחורות ושירותים.¹⁰

באמצעות הפלטפורמה, נוצר **שוק דו-צדדי** (two-sided market). הכוונה היא לכך שהפעילות על גבי הפלטפורמה מקשרת בין שני צדי המתנס: צד הספקים וצד הצרכנים. הפלטפורמה היא הגורם המחולל את האינטראקציה העסקית ובה תלויה הפעילות עצמה. מקובל להגדיר שוק דו-צדדי כשוק בו פלטפורמה מאפשרת אינטראקציה בין משתמשי קצה, במטרה לרתום את שני צדי השוק על ידי הנגשה לכל צד. שתי קבוצות משתמשים – משני צדי הרשת – מתקשרים אחד עם השני על ידי מתווכים בדמות פלטפורמות מקוונות. הפלטפורמה משמשת לעיצוב מוצרים, שירותים ותשתיות המקדמות יחסי גומלין בין משתמשים.¹¹ בנקודה זו ראוי לשים לב, שהפלטפורמות עצמה אינה אדישה לעסקה הנקשרת: היא "מחזרת" אחרי כל צד כדי להרוויח (או לכל הפחות לא להפסיד) כסף.¹² הדרך המוכרת לכך היא באמצעות מודל עסקי של פרסום. פעמים רבות, שוק דו-צדדי פועל במימון פרסומות: הפלטפורמה מוכרת מרחב פרסומי שערכו עולה ככל שגדל היקפו של השוק הדו-צדדי. כאשר פרסום הוא זה שמממן את הפעילות, יש למפרסם – וממילא גם לפלטפורמה – עניין ישיר להשפיע על היקפי העסקאות ותכני העסקאות.¹³

גם בשווקים מסורתיים קיימים לא מעט גופי תיווך (כגון תיווך נדל"ן); אך בכלכלה הדיגיטלית השפעת הפלטפורמה היא משמעותית ועוצמתית הרבה יותר. טעם עיקרי לכך נעוץ בזה, שאפקט הרשת פועל בכלכלה האינטרנטית בשני צדי המתנס: 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 המתנס משפיע על רווחתו של הצד השני של המתנס: ככל שישנם יותר ספקים בצד אחד, כך הצרכנים נהנים ממגוון רחב יותר; וגם להיפך נכון: ככל שישנם יותר צרכנים בצד האחר, כך גדלות הזדמנויות לעסקאות בצד הספקים. שוק דו-צדדי מעצים את אפקט הרשת, שכן הוא פועל בשני צדדים של המתנס, המשפיעים זה על זה.¹⁴

¹⁰ לספרות על כלכלת פלטפורמות ראו: David Evans and Richard Schmalensee, *Markets with Two-Sided Platforms*, in ISSUES IN COMPETITION LAW AND POLICY 667 (2008); DAVID S. EVANS AND RICHARD SCHMALENSSEE, MATCHMAKERS – THE NEW ECONOMICS OF MULTISIDED PLATFORMS (2016); OECD, MULTI-SIDED MARKETS: RETHINKING THE USE OF TRADITIONAL ANTITRUST ENFORCEMENT TOOLS (2017); Julies Cohen, *Law for the Platform Economy*, 51 U.C DAVIS L. REV. 1 (2017)

¹¹ Thomas Eisenmann, Geoffrey Parker and Marshall W. Van Alstyne, *Strategies for Two-Sided Markets*, HARVARD BUSINESS REVIEW (2006)

¹² Jean Charles Rochet and Jean Tirole, *Two-Sided Markets: A Progress Report*, THE RAND JOURNAL OF ECONOMICS (2006)

¹³ Jean Charles Rochet and Jean Tirole, *Platform Competition in Two Sided Markets*, 1 J. EU. ECO 990 (2003)

¹⁴ לניתוח פלטפורמות דו-צדדיות במשקפיים של דיני האנטי-טרסט האמריקניים, ראו מאמרו של המלומד: Herbert Hovenkamp, *Platforms and the Rule of Reason: the American Express Case*, 201 COLUMBIA LAW REV. 102 (2019)

יתרונות הגודל של השוק הדו-צדדי אינם נטולי חסרון. רשת מונופוליסטית עלולה להימצא "גדולה מדי"; כלומר כזו שאין לה מתחרים. בהעדר תחרות אפקטיבית, צפויים להתפתח כשלי שוק פוגעניים: צד הצרכנים, נחשף לתופעה של **קהל שבו**, אשר אין לו חלופות טובות דיין לנוע אליהן, ולכן הוא חשוף לפגיעות. הוא הדין בצד הספקים: גודלה של הרשת עשוי להיטיב עמם עד לגבול שבו הרשת מהווה חסם כניסה, ונוצרת תשתית להתפתחות פרקטיקות מונופוליסטיות נצלניות ואנטי-תחרותיות. שוק דו-צדדי מעצים את אפקט הרשת, הן לחיוב והן לשלילה.

זאת ועוד: כאמור, התיווך הפלטפורמי אינו נעצר בעצם יצירת המפגש בין שני צדי השוק או בהעברת מידע גרידא, אלא שהוא בעל כח 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. פרופילים צרכניים מאפשרים לפלטפורמה להציע שירותי פרסום פרסונלי המותאם למאפייניו של המשתמש: למשל גיל ומגדר, רמת השכלה ומקצוע, חתך סוציו-אקונומי, תחומי עניין ויכולת כספית, טיב רכישות קודמות – והכל באמצעות איסוף מידע ועיבוד אלגוריתמי מתקדם של נתונים דיגיטליים הנאספים אגב השימוש של הצרכן ברשת. המידע הרב והניתוח שלו מאפשר לפלטפורמה לזהות מראש צרכים וביקושים צרכניים, להפנות פרסומות ממוקדות, ולחבר בצורה מדויקת ויעילה יותר בין ספקים לקונים.

5

שימוש רב ואינטנסיבי במידע נחשב ברגיל 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 סימטרי: הקונים אינם נהנים מגישה למידע. המידע הפרטי על המשתמשים נאסף על ידי הפלטפורמה ומשמש אותה לקידום האינטרסים שלה. הפלטפורמה יכולה לנצל את המידע הפרטי לצורך מיקוד פרסומות וכמקור למימון פעילותה ולרווחים כספיים. היא יכולה לסחור במידע הפרטי תמורת כסף. מצד הספקים נותני-השירותים ומוכרי-המוצרים, מדובר במידע בעל ערך כלכלי רב: יש בו כדי לחשוף נתונים אודות התועלת הצפויה של הצרכן מהעסקה, אשר ברגיל אין אליהם גישה והם אינם שקופים בשווקים המסורתיים. מידע רב ומגוון על הצרכן (כגון עסקאות קודמות שבוצעו, תחומי עיסוק ועניין), משמש ספקים לבנות הצעות רכישה שהן מותאמות פרסונלית, ומכוונת באופן ישיר לענות על התועלת הצרכנית הספציפית של הצרכן ולפי היכולת והנכונות שלו לשלם – הכל כפי שמוערך לפי ניתוח נתוניו האישיים. מידע אודות הצרכן שעובר לספק צפוי לאפשר לספק להטות את הנקודה המכריעה של העסקה לטובתו: הצרכן ישלם בגבול התועלת הצרכנית, באופן המאפשר ליצרן לגבות מחיר גבוה יותר ממה שהיה מתקבל בשוק תחרותי.

מדובר אם כן בבעיה של **מידע א-סימטרי**: זהו מידע המצוי רק בצד אחד של המתנס. לכן, הוא צפוי לקדם אפליית מחירים, ובכל מקרה לקדם מחירים גבוהים מהמחירים התחרותיים, תוך הגדלת חלקו של הספק ברווח הצומח מהעסקה, על חשבון חלקם של הצרכנים.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

בנקודה זו ראוי לשים לב ל**מודל המימון** של כלכלת האינטרנט: כלכלת הפלטפורמות האינטרנטית היא מבוססת **פרסום**. שירותי חיפוש רבים ניתנים למשתמש ללא תמורה כספית כלשהי. דוגמאות מוכרות הן חיפוש מידע בגוגל, שימוש חינמי באפליקציות יישומיות של גוגל כגון תרגום משפה לשפה (google translate) או אפליקציית המפות ודרכי הגעה (google maps); ניווט דרך תוכנת waze; חילופי מסרים ותמונות באמצעות תוכנת מסנג'ר או whatsapp, ועוד ועוד. פעילות אינטרנטית ענפה מתאפשרת באמצעות מימון המגיע מצד מפרסמים – אלה הם צדדים שלישיים שאינם צד ישיר לאינטראקציה בין הספקים לצרכנים. המפרסמים משלמים לפלטפורמה עבור שטחי זמן פרסום. מימון שהוא מבוסס פרסום מאפשר לפלטפורמה המתווכת להציע למשתמשים מוצרים ללא תשלום כספי. מוצרים חינמיים מזמינים את המשתמש ליהנות מהשירות מבלי לשלם עבורם בכסף. אך המשתמש משלם כמובן עבור השימוש: התשלום נעשה באמצעות איסוף מידע פרטי אודות המשתמש בעת שהוא גולש באינטרנט, ומסחור המידע הפרטי על ידי הפלטפורמה לצרכי רווח.

מודל מימון מבוסס פרסום עלול גם הוא לכרסם ביעילות העסקה. שעה שמדובר בפלטפורמה אינטרנטית, בדרך כלל אין לפנינו משא ומתן בין ספק לצרכן המגיעים לעמק השווה, אלא עסקה שתכניה מוכתבים ומוצעים לצרכן על ידי הספקים, בבחינת "קח או עזוב". המפרסם, כגורם מממן של הפעילות, צפוי להשפיע על תכני העסקה. למשל: כדי להגיע לקהלי יעד, תוכן הידיעה המוצגת בפלטפורמה עשוי להיות מעוצב בדרך מסוימת שתזמין כניסת משתמשים, על מנת שאלה יצפו בפרסומת המיועדת להם בהתאם לפרופיל הצרכני שלהם, ויטו לבצע עסקאות מקודמות. ויותר מכך: איסוף מידע פרטי וניתוח מידע פרטי נעשה בדרך כלל באופן בלתי מיועד או מיועד חלקית מצד הצרכן בלבד ביחס להיקף השימוש, טיבו ומטרותיו. עולה מיד השאלה של **פגיעה בפרטיות** המשתמש: האם הצרכן הסכים שנתונים אודות רכישות קודמות שביצע ברשת יעברו לספקים או לגורמים מפרסמים? האם הוא הסכים שיבנו עבורו "פרופיל צרכני" שהוא עצמו אינו מכיר ואשר כולל נתונים אודות תכונות שלו, קשרים חברתיים ויכולות כספיות, ואלה יישמרו במאגר עלום?

אך השאלה, כמובן, אינה מתמצית בדיון חוקתי בזכות לפרטיות. שאלת השימוש במידע הפרטי היא רחבה הרבה יותר מהאינטרס האישי של פרט זה או אחר. המידע הפרטי הרב הנצבר אודות פרטים רבים בחברה מעניק לרשתות הענק כוח כלכלי שאין לו שיעור (ואשר מעצים את כוחן הכלכלי הקיים ממילא מכוח אפקט הרשת בשוק-דו צדדי): המידע הפרטי הנצבר והמנותח מאפשר להציע פרסומת פרסונלית ממוקדמת ולמכור את המידע לספקים תאבי עסקאות מוטות לטובתם. לכן, המידע הפרטי הוא משאב כלכלי חשוב ומשמעותי לאין ערוך לביצור המונופול.

נוכח היותו של המידע מאפיין בעל משקל רב בכלכלה הדיגיטלית, נבקש להקדיש לו מספר מילים להלן.

מידע

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מחקרים מראים כי מרבית הצרכנים עושים היום שימוש באפליקציה (יישומון) אחת לכל הפחות. תוך שימוש באפליקציה, המשתמשים בדרך כלל מתבקשים לספק מידע אישי אודותיהם, כמו שם ומקום מגורים, מצב משפחתי ואמצעי תשלום. למרות שקיימים (בחלק מהמקרים) תנאי שימוש בפלטפורמות המקוונות – המשתמשים בדרך כלל אינם טורחים לקרוא את המסמך הרלוונטי, שכן ברגיל הוא ארוך ומסועף; אלה הטורחים לקרוא – ממילא אינם יכולים לנהל משא ומתן על תניה כזו או אחרת. יתרה מכך: גם צרכנים שמסכימים פוזיטיבית למסור מידע אישי, בדרך כלל אינם יודעים למי יש גישה למידע שמסרו, באיזה מידע שנמסר נעשה שימוש, איך ומתי משתמשים במידע, מתי נמכר המידע ובאילו תנאים מסחריים, כיצד הוא מאוחסן ומהי הגנת הפרטיות לה הם זוכים, אם בכלל.¹⁵

מידע בעל אופי אישי נצבר על המשתמש גם ללא שהוא עצמו מוסר פרטים כלשהם. מדובר באותם "עקבות דיגיטליים" שהמשתמש משאיר אחריו מעצם השימוש ברשת, כמו גלישות קודמות שכללו כניסה וחיפוש באתרים שונים, היסטוריה של עסקאות ורכישות, כמו גם קבצים ותמונות שהעלה או קיבל. המידע שהצרכן מספק ואשר נצבר אודותיו מתורגם פעמים רבות להכנסות של הפלטפורמות מפרסומות. אוונס (Evans) ציין שכ-97% מההכנסות של Google ו-Facebook בשנת 2016 מקורן בפרסומות.¹⁶ בשנת 2017 עמדו ההכנסות של Google מפרסומות על כ-87% מהרווחים, בעוד ההכנסות של Facebook מפרסומות עמדו על כ-98% מההכנסות. שלנקי (Shelanki) עמד על כך שמידע על צרכנים מהווה נכס משמעותי עבור חברות, וכי פלטפורמות דיגיטליות נהנות מגישה למידע רב הרבה יותר מאשר פלטפורמות מסורתיות.¹⁷ בנוסף, הפלטפורמות הדיגיטליות יכולות לעבד ולהשתמש בנתונים עבור מגוון רחב של מטרות. אוונס (Evanas) עמד על ערך המידע: הנתונים אודות העדפות צרכנים מהווים נכס אסטרטגי המאפשר לפלטפורמה לשמור על יתרון כלפי מתחרים; מידע על הצרכנים הוא מצרך יקר ערך שהחברה יכולה לנצל וכן למכור לאחרים שאינם יכולים לאסוף את הנתונים בעצמם.¹⁸

חברות מקוונות פיתחו מודלים עסקיים אשר נסמכים על מידע פרטי אודות גולשים כעל גורם מפתח. שימוש בפרסום כמקור מימון תורם למוטיבציה לאסוף יותר ויותר נתונים על צרכנים ועל הרגלי הצריכה שלהם. כאמור, מודל נפוץ בשווקים דו-צדדיים הוא להציע לצרכנים שירותים ומוצרים חינמיים במטרה להשיג מהם יותר ויותר מידע בעל ערך על מנת לסייע למפרסמים לפנות לקהל היעד הנכון. Grunes & Stuke מציינים שניכרת מגמה של עליה במיזוגי חברות מבוססות נתונים וזו הכפילה את עצמה בין 2008 ל-2012. כאשר חברות מבססות את פעילותן על איסוף,

¹⁵ Niva Elkin-Koren and Michal Gal, *The Chilling Effect*, לעיל ה"ש 2, בעמ' 12; ראו גם: Grunes and Stucke *of Governance-by-Data on Data Markets*, 86 U. CHI. L. REV. 1, 12 (2018).
¹⁶ Davis S. Evan, *Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights, but not Sleepy Monopolies* 16 (2017).
¹⁷ ראו Shelanki, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1683.
¹⁸ ראו Evan, לעיל ה"ש 16.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

אחסון וניתוח מידע (כמו גם אספקת שירותי חינמיים כדי לאסוף נתונים), יש להן תמריץ חזק למנוע מהמתחרים גישה חופשית למערכי נתונים אלה, המאיימים על היתרון התחרותי שלהן.¹⁹

החוקרות הישראליות פרופ' ניבה אלקין-קורן ופרופ' מיכל גל הציגו את המידע הפרטי כמשאב כלכלי יקר ערך.²⁰ נתונים הנאספים על ידי חברות נתפסים כמוצר של הכלכלה הדיגיטלית; הערך המסחרי הגבוה של הנתונים האישיים נובע מהעובדה שהם מאפשרים דיוק בקבלת החלטות מסחריות תוך הפחתת הסיכון הפיננסי ושיפור ביצועים, וזאת לצד השקעה רווחיות יותר, תמחור מדויק יותר וקבלת החלטות שיווקיות מותאמות להעדפות הצרכנים. היתרון של המידע ביצירה ושיפור של מוצרים ושירותים דוחף חברות להשקיע באיסוף, בארגון ובניתוח של נתונים או בייצור מוצרים או שירותים וטכנולוגיות אשר מסתמכים על מידע כזה.

לכאורה, אין פסול בעבודה מבוססת מידע, המאפשרת לשפר ביצועים. ואולם זהו רק צד אחד של הסיפור. Rubinfeld & Gal מתייחסים לחסם כניסה טכנולוגי הנוצר כתוצאה מאיסוף שיטתי של מידע על ידי פלטפורמות מקוונות.²¹ הנתונים שנאספים הם רבים ומגוונים, החל מפרטים אישיים בסיסיים ועד להעדפות של משתמשים המוסקת לפי ניתוח הפעילות שלהם באינטרנט. לצד נכונותם של משתמשים רבים לחלוק נתונים, גדלה גם כמות הנתונים שניתן לאסוף על משתמשים ללא הסכמתם ואף ללא ידיעתם. הערך של הנתונים נעוץ ביכולת של הספקים לנתח אותם ולהפוך אותם למידע היכול לחזות התנהגויות; כאשר שחקן דומיננטי בשוק מחזיק במידע משמעותי אודות העדפות צרכנים, המידע הופך לחסם כניסה לשוק בפני שחקנים חדשים. Shelanki עמד על כך שחברות טכנולוגיה הן בעלות פוטנציאל להיפך למונופול, בזכות שליטה במידע בעל ערך.²²

נראה שאין חולק על כך שהמידע בכלכלה הדיגיטלית, יותר מאי פעם, מהווה נכס כלכלי משמעותי בעל ערך רב.²³ בעידן בו המידע האישי של הצרכן מצוי בידי חברות הטכנולוגיה הגדולות, שעה שהצרכן מקבל חדשות ייעודיות ופרסום פרסונלי ישירות לטלפון הנייד, לכאורה ב"חינם", ישנה חשיבות עליונה להתבונן בשוק לא רק בהיבט של מחיר המוצר אלא גם מתוך הסתכלות על השימוש שנעשה במידע פרטי. ה"פרטיות" אינה יכולה עוד להישאר במתחם הנורמטיבי המסורתי של הגנה על זכויות אזרח, אלא שהיא הופכת לסוגיה בתחום דיני התחרות.

נציין כי תקנות ה-GDPR האירופאיות (General Data Protection Rules) שנכנסו לתוקפן לפני כשנה (ביום 25 במאי 2018), מבקשות לעגן הגנה רחבה ומוקפדת על זכותו של משתמש ברשת לפרטיות של המידע האישי, וזאת תוך הטלת מגבלות על כוחן של חברות לעשות שימוש במידע הפרטי. תקנות מפורטות וייעודיות כאלה – חסרות בישראל.²⁴ שאלות אודות היקפה הראוי של

¹⁹ Grunes and Stucke, לעיל ה"ש 2.

²⁰ Elkin-Koren and Gal, לעיל ה"ש 15, בעמ' 12.

²¹ Daniel L. Rubinfeld and Michal S. Gal, *Access Barriers to Big Data*, 59 ARIZ. L. REV. 339 (2017).

²² Shelanki, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1676-1677.

²³ ראו למשל: CHRIS ANDERSON, FREE – THE FUTURE OF A RADICAL PRICE, Chap. 16 (2009); זמין ב:

<https://archive.org/details/FreeTheFutureOfARadicalPrice/page/n1>

²⁴ הזכות לפרטיות מוכרת בישראל כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומעוגנת בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981.

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הזכות לפרטיות נשאלות בהקשרים רחבים, חברתיים ופסיכולוגיים, והדעות בקשר לכך – חלוקות.²⁵ ואולם עניינו של נייר עמדה זה אינו בהגנת הפרטיות ככזו, אלא ביצירת הבנה כי המידע הפרטי אינו רק עניין של זכות הפרט; זהו נושא השייך להבנת פעילותו של השוק האינטרנטי, הנושא השלכות על רמת התחרותיות בשוק ועל יעילותו.

סיכום ביניים: כלכלת האינטרנט היא בעלת מאפיינים ייחודיים. הטכנולוגיה הדיגיטלית היא מהלך מערער, המשנה את כללי המשחק הידועים. אין הרגולטור יכול להתעלם מהשינוי הדרמטי, ועליו להתאים את סל הכלים העומדים לרשותו למציאות הכלכלית החדשה. השאלה המאתגרת היא – כיצד?

מתוך ארגו הכלים ראוי לשלוח תחילה את זכוכית המגדלת – כוונתנו לסמכויות החקירה הנרחבות בהן מצוידת רשות התחרות, ואשר מאפשרות לה לחקור ולאסוף נתונים, שאינם שקופים לציבור, אודות התנהלות חברות הנחשדות בניצול לרעה של כח שוק. בעולם הדיגיטלי, מידע רב ומשמעותי סמוי מן העין מסתתר בתוך "קופסה שחורה". הפעלת סמכויות החקירה תאפשר לחשוף התנהלות אנטי תחרותית פוגענית אשר לצרכנים עצמם קשה לגלות בדרך אחרת.

מאמרים אקדמיים שונים ניסו להאיר בעיות המתעוררות בעולם המעצמות האינטרנטיות. אלה, לצד ניסיון ההולך ונצבר באירופה, עשויים לשרת את רשות התחרות בישראל למפות בעיות פוטנציאליות ולגבש מדיניות אכיפה ראויה.

אסטרטגיות

מחקר פורץ דרך נעשה על ידי **לינה קאהן**, אשר פורסם בשנת 2016.²⁶ המחקר מהווה ניסיון אקדמי חלוצי להתמודד עם האתגר שמציבים שווקים מקוונים. קאהן שואלת, כיצד על דיני האנטי-טרסט האמריקניים להתמודד עם התנהלות עסקית "מתפשטת" של מעצמות אינטרנט, הפועלות באופן שיטתי – לכאורה לגיטימי – לצבירת נתחי שוק בענפים רבים, בין השאר בדרך של הסתפקות בשולי רווח נמוכים לאורך זמן וכן באמצעות פרקטיקה אגרסיבית של מיזוגים. מקרה המבחן שבדקה הוא **אמזון**, אשר לדעתה מדגימה את הפרדוקס של השוק הקמעונאי המקוון: בעשור האחרון, שוק זה הלך והתפתח והזמין כניסת מתחרים חדשים; ואולם בהדרגה, אמזון הצליחה לבסס לעצמה מעמד דומיננטי על ידי צמיחה מיזוגית. שמירה על שולי רווח נמוכים, שאינם עולים כדי מחירי היצר, אפשרה לאמזון לבסס לעצמה נתחי שוק הולכים וגדלים. כידוע, מחירים נמוכים ירתיעו שחקנים מפני כניסה אל השוק; אך מכיוון שאין מדובר במחירי היצר – אין עילה לפעול נגדם. האסטרטגיה העסקית המשולבת, מחירי רצפה לצד מיזוגים אינטנסיביים, הפכו את אמזון למונופול בשוק המסחר המקוון, וכיום היא מהווה פלטפורמה חיונית לעסקים גדולים וקטנים, התלויים בה.

²⁵ ראו למשל מחקרים שנעשו בקשר עם שיתוף במידע פרטי בפייסבוק על ידי משתמשים, בחתכים שונים של גיל ומגדר: Kai Witting, *Privacy in Social Networks After the Global Surveillance Disclosure*, in FACETS OF FACEBOOK ch. 6 (Katherin Knautz and Katsiaryna S. Brown Eds., 2016).
²⁶ Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126(3) YALE L. J. 710 (2016)

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

נכון לשנת 2016 אמזון החזיקה בנתח שוק של 46% משוק המסחר המקוון בארצות הברית. נמצא שהיא בעלת קצב צמיחה מהיר יותר מזה של כל השוק יחד. דוגמה לאסטרטגיית התמחור שלה היא המחיר הטורפני שהשתמשה בו בעת שמכרה ספרים אלקטרוניים e-book: לאורך שנים, אמזון לא העלתה את המחיר אף שספגה הפסדים. בד בבד, מיזוגים שעשתה עם חברות יצרניות הכניסו אותה לענף של אספקה פיזית של סחורות, וזאת לצד המסחר המקוון. השילוב בין פיסי למקוון יוצר חסמי כניסה גבוהים עבור שחקנים חדשים. כיום, אמזון היא עסק תמנוני: פלטפורמת שיווק אינטרנטית, רשת אספקה ולוגיסטיקה, שירותי תשלום ואשראי, בית מכירות פומבי, מוציאה-לאור גדולה של ספרים, מפיקת תכניות טלוויזיה וסרטים, מעצבת אופנה, יצרנית חומרה וספקית מובילה בשירותי ענן וכוח מחשוב.

קאהן עמדה על כך שאמזון היא חברה האוספת באופן מסיבי ושיטתי נתונים של משתמשים בשירותים המקוונים שלה. המידע שאמזון מקבלת על משתמשים באחד משוקי מוצריה מאפשר לה להתרחב ולמשוך לקוחות בעזרת התאמה אישית של חווית הקנייה, ופוטנציאלית גם לבצע אפליית מחיר. לצד איסוף מסיבי של נתונים, אמזון ביצעה לאורך השנים השקעות אגרסיביות – הן בהתרחבות פיזית והן בתשתית מקוונת, וכן על ידי תמחור מוצרים מתחת לעלותם. המשקיעים באמזון תמכו באסטרטגיית העסקית שלה: מחיר המנייה של אמזון הלך ועלה לאורך השנים, למרות שולי הרווח הצרים שלה – או אפילו השליליים. כלומר, המשקיעים נתנו לאמזון אפשרות חופשית לגדול מבלי שהפעילו לחץ לראות רווחים מידיים. החברה ניצלה זאת כדי להתרחב באמצעות סדרה של מיזוגים. קאהן טוענת שדיני האנטי-טרסט האמריקניים נכשלו מלזהות את אסטרטגיית הצמיחה של אמזון ולהתמודד עמה; זאת, משום שההתנהגות של אמזון כללה תמחור רצפה ואינטגרציה מיזוגית – ושניהם אינם אסורים. "תמחור טורפני" מוגדר בדין באופן צר (מתחת לעלות), ולכן לא ניתן לבסס עילה משפטית להתערבות. באופן דומה, קשה להוכיח את ההשפעות האנטי-תחרותיות של האינטגרציה האנכית, הזוכה ברגיל לברכת הדרך. ללא התערבות רגולטורית כלשהי, האסטרטגיית העסקית של אמזון אפשרה לה לצבור דומיננטיות עסקית חסרת תקדים.

קאהן התייחסה לכלים רגולטוריים לעיצוב מדיניות של תחרות כלפי אסטרטגיות אנטי תחרותיות של מעצמות אינטרנט: **מחיר טורפני** – הוצע לאמץ הגדרה חדשה – לא רק מקרים של מחירים מתחת לעלות אלא גם מחיר "רצפה" שהוא מתחת למחיר הממוצע המקובל בשוק. **מיזוגים אנכיים** – ספק אם דיני האנטי-טרסט האמריקניים מתחשבים מספיק בשאלה, כיצד אינטגרציה אנכית תשפיע על האופן בו חברה דומיננטית מנצלת את כוחה בענף אחד על מנת למנף את כוחה לתחום פעילות אחר. החשש מתגבר בשוק של מידע, כאשר פלטפורמה עושה שימוש בנתונים מתחום אחד כדי לחסום מתחרה בתחום אחר. מוצע לבחון מיזוגים אנכיים בהקפדה, ולשאול אם המיזוג יאפשר לחברה להשיג נתונים שיבססו כוח שוק. פעילות של פלטפורמה במספר רב של תחומים קשורים יכולה ליצור ניגודי עניינים כך שיהיה לה תמריץ להעניק יתרון לעסקיה שלה, על חשבון חברות אחרות. במקרה של אמזון, גישה כזו תאסור עליה להפעיל פלטפורמה קמעונאית דומיננטית לצד פלטפורמה למכירה לצדדים שלישיים. שני אלו יצטרכו להיות מופרדים לישויות שונות, כדי למנוע מאמזון לנצל את הדומיננטיות שלה בתחום אחד לטובת הצלחה בתחום אחר. **איסור אפליה** – הוצע

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

ליישם על אמזון דינים החלים על חברות ציבוריות: הכוונה היא למדיניות איסור אפליה שתמנע מאמזון להפלות בין יצרנים ובין צרכנים. גישה כזו תאפשר לחברה לשמור על מעורבותה במספר תחומים וליהנות מהיתרון לגודל, תוך הפחתת החשש שאמזון תפלה באופן בלתי הוגן בין משתמשים שונים על רקע המידע הפרטי שהיא אוספת עליהם ובמטרה למנף את כוחה או להגדיל נתח שוק.

המלומד **Herbert Hovenkamp**, הידוע כבר-סמכא בדיני האנטי-טרסט האמריקניים, בחן את הפרקטיקה התמחירית של גוגל.²⁷ הוא עמד על כך שהמחיר לצרכנים של שירותים שונים שמציעה Google עומד על אפס; עם זאת, Google נתפסה לא אחת בפרקטיקות הנחשבות לאנטי-תחרותיות. Hovenkamp מציע להכיר בכך שבעולם האינטרנטי, המחיר הכספי לבדו אינו יכול לשמש כאמת-מידה לתחרותיות של השוק אלא שיש לבחון את אופיו של "המחיר" שמשלם הצרכן, למשל דרך שליטה של חברות על נתונים רבים. Hovenkamp מביע דעה לפיה ראוי להדק את הפיקוח על מיזוגים העלולים להגביר את רמת הריכוזיות של השוק ולהוביל למונופוליאציה, דרך שליטה על נתונים. המשמעות היא שמדיניות המיזוגים של הרגולטור צריכה להיות יותר נוקשה תוך פיקוח על "המחיר" שמשלם הצרכן.

סיכום ביניים: בעולם האינטרנטי, פרקטיקות מסחריות שנחשבו בעבר כלגיטימיות, כגון מחירי רצפה נמשכים או מיזוגים אנכיים, עשויות להיתפס כפוגעניות, משום ההשלכות שהן מחוללות בשוק שהוא בעל מאפיינים ייחודיים. דגש מיוחד יש לשים על פרקטיקה של איסוף שיטתי של מידע פרטי אודות משתמשים, ושימוש מסחרי במידע לצרכי פילוח צרכני, מיקוד פרסומות, מינוף מוצרים משיקים, ואפליית מחירים. בשוק המסחר המקוון, המידע הפרטי הוא בעל ערך כלכלי דרמטי, עד כדי כך שאיסוף המידע מחליף לעיתים את המחיר הכספי. בשוק כזה, מחיר של מוצר כשלעצמו, אשר עשוי לעמוד על רמת אפס, אינו יכול לשמש כאינדיקציה לשוק תחרותי. לפיכך, על רשות התחרות להתבונן בפרקטיקה של איסוף שיטתי של מידע פרטי באופן מורכב: לצד השכלול שמידע בדרך כלל מאפשר, יש לתת משקל לפוטנציאל של יצירת חסמי כניסה ולהתנהלות אנטי-תחרותית.

אכיפה

אכיפת דיני התחרות היא לעולם מאתגרת. היא מעוררת מתח בין אכיפה בחסר העלולה לסכל את יעדי החוק, לבין אכיפת-יתר, שעלולה לחבל בצמיחה האורגנית של השוק, ביזמות ובחדשנות. מתח זה מתבטא בספרות המקצועית ובהחלטות אכיפה, אשר ניתן למצוא בהן דעות לכאן ולכאן.

תובנה עיקרית העולה מהספרות מתייחסת לאמת-המידה שנכון להפעיל בשווקים של כלכלה אינטרנטית לשם ניתוח השוק, הערכת מידת התחרותיות של השוק, והצורך בהתערבות רגולטורית.

Herbert J. Hovenkamp, *Whatever Did Happen to the Antitrust Movement?* 94(2) U. PA. L. REV. 583 ²⁷ (2018).

כידוע, אמת מידה מקובלת בדיני תחרות כלכלית היא מחירו של מוצר. נקודת המוצא היא, כי מחיר מוצר בשוק משוכלל נקבע בזיקה לעלויות הייצור והוא משקף את נקודת המפגש האופטימלית בין ביקוש להיצע -- בין תועלתו של היצרן לתועלת הצרכנית. אמת מידה זו משתבשת ואינה יכולה לפעול כאמת מידה רלוונטית בשווקים של פלטפורמות אינטרנטיות, בהן לא מעט מוצרים מסופקים לצרכן ב"חינם". בד בבד הולך וגדל השימוש המסחרי שהפלטפורמות עושות במידע פרטי של משתמשים, לצורך מימון הפעילות העסקית. אין מדובר בתופעה שולית: מעצמות הטכנולוגיה הן בעלות תפקיד מכריע באופן בו פועלים השווקים האינטרנטיים.²⁸ השימוש במידע הפרטי עלול לבוא על חשבון פרטיות הצרכנים; אך כאן נעוצה נקודה חשובה -- אין מדובר בשאלה של פרטיות בלבד: מידע נצבר אודות העדפות צרכנים מהווה נכס כלכלי לניתוב פעילות עסקית, יכול לשמש להאדרת כח שוק ועלול לאפשר ניצול לרעה של כח שוק, על חשבון הרווחה החברתית המצרפית.

יש המציעים לנקוט גישה זהירה לאכיפה בשווקים הטכנולוגיים, מתוך צניעות וחשש להחליש את תמריצי החדשנות. גישה זו אינה חדשה. למשל, Shelanki מתייחס במאמרו לרשויות תחרות ברחבי העולם הנדרשות לגבש מדיניות אכיפה בענפים מקוונים.²⁹ הקצב המהיר של התפתחות הטכנולוגיה מעלה שאלה באשר למדיניות התחרות הראויה: האם אכיפה בשווקים הדיגיטליים יכולה להגן על הצרכנים מבלי לגרום נזק בהתערבות בשווקים מורכבים אלה – בהם השינויים מתרחשים חדשות לבקרים והם לא לגמרי ברורים ומובנים, שכן קיים קושי להעריך השפעות בשווקים אלה. אכיפה שגויה עלולה לעלות ביוקר. העלויות במקרה של טעות באכיפה צפויות להרתיע משקיעים. אכיפת חסר עלולה אמנם לגרום נזק לטווח קצר, אך השוק יכול לתקן את עצמו כל עוד הוא פתוח לכניסה של חברות חדשות, המתמודדות על הסיכוי לצמוח למעמד דומיננטי.

12

גם Evanias מציג גישה זהירה כלפי אכיפה של דיני התחרות בשווקים אינטרנטיים.³⁰ בשווקים אלה אנו עדים לכאורה לתחרות ערה ודינמית; שחקנים קיימים חשופים באופן אינטנסיבי לכניסת מתחרים חדשים. שם המשחק הוא חדשנות, ומי שיוזם ומחדש – נמצא במשחק. Evanias מציג דוגמאות: מהפכת האינטרנט שהחלה באמצע שנות ה-90 הובילה לקריסתה של AOL, שהייתה בעלת יתרון תחרותי כחלוצה בתחום, כאשר בנתה רשת מקוונת ענפה; מהפכת השימוש בטלפון החכם שהחלה לפני כשלוש-עשרה שנים לאחר פתיחת האינטרנט לשימוש מסחרי; Microsoft לא הצליחה למנף את היותה מובילה במערכות ההפעלה השולחניות ולעבור למערכת הפעלה בנייד וכוחה בתחום זה דעך. בינתיים, Blackberry השיקה מוצר משלה והעסקים המבוססים על דואר אלקטרוני מאובטח קרסו. כיום, כעשר שנים לאחר תחילתה של מהפכת הטלפון החכם, החלו להופיע פלטפורמות בינה מלאכותית המופעלות על ידי קול.

Evanias טוען שהניסיון המצטבר מן השטח מוכיח שהחברות המקוונות רגישות למתקפות מצד מתחרים. השכיחות של הפלטפורמות החדשות מאפשרת למתחרים למשוך מספר משמעותי של

²⁸ ראו למשל Grunes and Stucke, לעיל ה"ש 2.
²⁹ ראו Shelanki, לעיל ה"ש 2, בעמ' 1683.
³⁰ ראו Evanias, לעיל ה"ש 16.

משתמשים הדרושים לצורך צמיחה. מתחרים קיימים חווים לחץ משמעותי מצד מתחרים חדשים – חברות הזנק או פלטפורמות מקוונות אחרות – בגלל שהשפעת הרשת שלהם היא בלתי הפיכה. כמו שחברת Yahoo למדה, חברות "ישנוניות" משלמות על כך בהיעלמותן מהעולם. אין זה אומר שרשויות התחרות צריכות לקפוא על שמריהן: פלטפורמות מקוונות עלולות לקשור קנוניה בלתי חוקית, או לבצע מיזוגים ורכישות העלולות לפגוע בתחרות; פלטפורמות מקוונות עשויות לצבור כוח שוק משמעותי בענף מסוים והן עלולות לנצל לרעה את כוח השוק הזה. ואולם נקודת המוצא צריכה להיות – אי התערבות.

מנגד, נשמעת בספרות הגישה לפיה אין להתעלם מעוצמתו של השוק האינטרנטי כזירת פעילות מסחרית משמעותית. למרות החששות המוצדקים מהתערבות שגויה, אין להותיר את האינטרנט כזירה פרוצה, מעין no man's land או "מערב פרוע" אינטרנטי. היעד צריך להיות גיבוש מדיניות של תחרות מותאמת, המתחשבת במאפיינים המיוחדים של השוק המקוון. Hildebrandt עמדה על כך, שפלטפורמות מקוונות דוגמת Google, Facebook, Amazon, Apple ו-Microsoft מערערות את היכולת שלנו לנתח יעילות של עסקה באמצעות מדד התמורה; זאת משום שהתמורה שהצרכן האינטרנטי משלם עבור מוצר "חינמי" אינה במחיר כספי, אלא באמצעות האפשרות של הפלטפורמה לדלות ממנו מידע אישי ולעשות בו שימוש מסחרי.³¹ בפועל, התמורה המגולמת במידע האישי עשויה להיות גבוהה מזו שהייתה משתלמת באמצעות כסף, למשל משום החשש לפגיעה בפרטיות של המשתמשים. Hildebrandt מציעה להגדיר את היעד של רשויות האכיפה כשמירה על פעילות של שוק חופשי: כאשר אין מתחרים באופק, הדבר מפריע לתפקוד של השוק החופשי, וחושף את המשתמשים לפרקטיקות פוגעניות. אפילו אם הפלטפורמה אינה מתכוונת לממש את כוחה המונופוליסטי – יש לה פוטנציאל לעשות זאת, וזאת בהעדר איום תחרותי.

13

גם פרופ' ניבה אלקין-קורן ופרופ' מיכל גל הדגישו במחקריהן כי שווקים דיגיטליים הם בעלי ריכוזיות גבוהה, ועל כן מועדים לפורענות מבחינת רווחת הצרכן.³² פלטפורמות ענק משמשות כמתווכות דיגיטליות והן שולטות בנקודות גישה לשוק עבור משתמשים פוטנציאליים משני צדי המתרחס – ספקים וצרכנים. אפקט הרשת מתעצם כאשר מדובר בחברות השולטות בנתונים רבים; על ידי שליטה מתמשכת במידע פרטי ובגישה לערוצי הפצה מקוונים, הפלטפורמות המקוונות צוברות יתרונות תחרותיים מובהקים. ככל שיש לפלטפורמה גישה לנתונים ייחודיים, כך גדל הסיכוי שלה להגדיל את נתח השוק שלה ולהחזיק במעמד דומיננטי. ניתן לצפות שגישה נמשכת לנתונים תגדיל את חסמי הכניסה לשחקנים חדשים ולכן תחזק כוח שוק קיים. הנה כי כן, המידע הפרטי אינו מתמצה בשאלה של פרטיות; מדובר בנכס כלכלי רב ערך המהווה מקפצה לצבירת כח שוק דומיננטי וליצירת חסמי כניסה. לפיכך הוא גורם לרוונוטי בניתוח השוק לפי דיני התחרות.

גוגל נמצאה מפרה את חוקי התחרות האירופיים

³¹ Hildebrandt, לעיל הי"ש 3.

³² Michal S. Gal and Niva Elkin-Koren, *Algorithmic Consumers*, 30(2) HARV. J.L. & TECH. 309 (2017) מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

שלוש החלטות משמעותיות בעניינה של גוגל שהוציאה הנציבות האירופית בראשותה של גבי מרגרט וסטגר מדגימות גישה אסרטיבית שאינה נרתעת מהחלת דיני התחרות על ענקית טכנולוגיה עולמית.

בהחלטה מיום 27.6.2017 נמצא כי גוגל הפרה את חוקי התחרות של האיחוד האירופי, והוטל עליה קנס בסך 2,424,495,000 יורו.³³ ההחלטה מתייחסת לפרקטיקה של מינוף מוצר מונופוליסטי לחיזוק כח-שוק במוצר קשור. מדובר בעיצוב אלגוריתם לחיפוש במנוע החיפוש של גוגל (המוצר שבמונופול), המוביל את המשתמשים לתוצאות חיפוש בהתאם לערכים שהוקלדו על ידיהם. המוצר הנקשר היה חנות וירטואלית להשוואת מחירים של מוצרים ושירותים שונים. לפי ממצאי הנציבות, גוגל עיצבה את אלגוריתם החיפוש כך שיעדיף את חנות השוואת המחירים של גוגל על פני שירותי השוואת מחירים של מתחרים. עיצוב האלגוריתם באופן מניפולטיבי הוביל לכך שחנות השוואת המחירים של גוגל הופיעה בתוצאות החיפוש במקומות הראשונים, בעוד שהמתחרים נדחקו למקומות רחוקים – אליהם כידוע הגולשים ממעטים לגשת. החלטת הנציבות התבססה על קביעה לפיה גוגל מחזיקה בנתח שוק מונופוליסטי בשוק מנועי החיפוש – מעל 90% – בכל אחת מ-31 המדינות הרלוונטיות החברות באיחוד האירופי; הנציבות ציינה כי בשוק מנועי חיפוש אינטרנטיים קיימים חסמי כניסה גבוהים יחסית, וזאת על רקע אפקט הרשת: ככל שיותר חברים שותפים ברשת מסוימת, כך הרשת הופכת לאטרקטיבית יותר עבור חברה, ולכן גם עבור המפרסמים – המהווים מקור דומיננטי למימון הפעילות.

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 (חנות השוואת מחירים) ולדחוק מוצרים מתחרים. התשתית הראייתית הראתה שגוגל פעלה באופן שיטתי כדי להעדיף את המוצר שלה: תוצאות השירות שלה הוצגו בפורמט עשיר ובמעלה 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 שגרתית, שכולל הורדה בדירוג לפי קריטריונים מסוימים – מהלך שלא הוחל על המוצר של גוגל. כתוצאה מכך, התוצרים של המתחרים מצאו את מיקומם בדפים רחוקים בתוצאות החיפוש, בדף רביעי ואילך. לפי מחקרים אמפיריים, הגולשים נענים ברגיל לתוצאות חיפוש המופיעות במקומות הראשונים, והם נמנעים מלדפדף לדפים "נמוכים". התוצאה העליונה זוכה לכ-95% מההקלקות; ואילו הורדה בדירוג התוצאות ממקום ראשון למקום שלישי מפחיתה את כמות ההקלקות על התוצאה בלא פחות מ-50%.

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 לחנות השוואת המחירים של גוגל. בד בבד, המתחרים זכו לנפילות

³³ להחלטה ראו http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

משמעותיות בגלישה לשירותים שלהם. לפנינו אם כן מהלך אסטרטגי של גוף מונופוליסטי שחולל את התוצאה הבלתי רצויה, אותה דיני התחרות מבקשים למנוע.

גוגל לא רק נקנסה בקנס משמעותי, אלא שגם הוטל עליה צו מניעה, המורה לה להפסיק את ה"התנהגות הבלתי חוקית" של עיצוב אלגוריתם באופן המקדם את מוצריה שלה. הנציבות הודיעה שתעקוב אחר יישום הצו, וכי גוגל תיקנס בקנס יומי בשיעור של 5% ממחזור המכירות של חברת האם אלפאבית, אם לא תציית לצו.

כשנה לאחר מכן, בהחלטה מיום 18.7.2018, הודיעה הנציבות האירופית שמצאה הפרה של חוקי התחרות האירופאיים, החל משנת 2011 ובמשך מספר שנים, וזאת בפרקטיקות אנטי תחרותיות של גוגל הקשורות למערכת ההפעלה אנדרואיד.³⁴ האנדרואיד משמש כטכנולוגית תשתית להפעלה של טלפונים חכמים בכ-80% מהשוק האירופי המשותף. גוגל מצדה 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 play, Google search app, Google chrome browser. 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 המריציה 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 שלא אושרו על ידה, וזאת כדי לוודא שרק האפליקציות שלה, ולא של מתחרים, יותקנו על מערכת ההפעלה.

הנציבות ציינה בהחלטה כי מהלכים משולבים אלה נועדו לבצר את מעמדה של גוגל בשוק מנועי החיפוש ופגעו ביזמות ובתחרותיות בשני שווקים משיקים: שוק האפליקציות וכן שוק מנועי החיפוש האינטרנטי. הנציבות הטילה על גוגל קנס כספי בסך 4,342,865,000 יורו.

החלטה נוספת של הנציבות האירופית ניתנה ביום 20.3.2019, בגדרה גוגל נקנסה בסך 1.49 ביליון יורו.³⁵ הפעם עמדה על הפרק פרקטיקה של גוגל שנמשכה כעשור (בין 2006 לשנת 2016) ועניינה בניסיון השתלטות על עולם הפרסום האינטרנטי. גוגל ביקשה לעשות זאת באמצעות שורת פרקטיקות: תחילתן בהסכמי אספקה בלעדית עם מפרסמים גדולים, בהם המפרסמים נדרשו להעניק לגוגל בלעדיות בפרסום; בהסכמי הבלעדיות, גוגל אסרה על המפרסמים לפרסם את מודעות

³⁴ להחלטה ראו http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-4581_en.htm

³⁵ להחלטה ראו http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-1770_en.htm

הפרסומות 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 הם 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 אוחדת בכ-90% מענף החיפוש האינטרנטי. נקבע כי הפרקטיקות בהן נקטה עולות כדי ניצול לרעה של כח שוק דומיננטי במטרה לבצר את מעמדה כמתווכת פרסומות. הפרקטיקות הן פסולות שכן הן דוחקות מתחרים, המתקשים בעטיין להתמודד בשוק הפרסומות.

נזכיר גם את החלטת הרשות הצרפתית, ה-CNIL, מיום 21.1.2019, לפיה גוגל הפרה את תקנות הגנת הפרטיות האירופאיות, ה-GDPR (General Data Protection Rules).³⁶ ברקע ההחלטה עומד תהליך אינטנסיבי של כריית מידע פרטי שגוגל אוספת מהמשתמשים במנוע החיפוש שלה, על מנת ליצור פרופילים צרכניים המשמשים אותה לפרסומת ייעודית ופרסונלית. ההחלטה מתייחסת לחובה המוטלת על גוגל, לפי התקנות האירופאיות החדשות וכמחזיקה של מאגר מידע, לספק למשתמשים מידע ברור אודות השימוש שהיא עושה במידע הפרטי שלהם, ואשר היא אוספת אגב השימוש של הגולשים במנוע החיפוש שלה. נמצא כי גוגל הפרה את חובותיה לפי ה-GDPR: המידע שעל גוגל לספק למשתמשים אינו נגיש דיו; גוגל מפזרת את המידע על גבי מספר מסמכים, ונדרשים מעברים רבים ומורכבים כדי להגיע אליו. גם כאשר מגיעים למידע, התיאור המתקבל הוא עמום וכללי. המשתמש לא יכול להבין בצורה בהירה מהי מטרת השימוש במידע שגוגל אוספת, כיצד המידע מאוחסן, לפי אילו קטגוריות ולאיזה משך זמן. המשתמשים גם לא יכולים לדעת באופן מלא איזה עיבוד המידע שלהם עובר, ולמי מועבר המידע אודותיהם. גוגל נקנסה בסך 50 מיליון יורו בגין הפרת התקנות.

16

מסקנות והמלצות

א. יש להתבונן בשווקים אינטרנטיים מנקודת מבט שונה מזו המסורתית, תוך מתן משקל למאפיינים הייחודיים שלהם. בראש ובראשונה יש לזכור כי אלה הם שווקים אשר התחרות בהם היא שברירית, משום אפקט הרשת והדחיפה הטבעית לריכוזיות. לצד היתרונות לגודל הנובעים מרשת גדולה, יש להתחשב בפיתוי העז 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.

³⁶ להחלטה ראו <https://www.cnil.fr/en/cnils-restricted-committee-imposes-financial-penalty-50-million-euros-against-google-llc>

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

ב. נקודה חשובה היא לראות כי בשווקים אינטרנטיים המידע הפרטי הוא נכס כלכלי בעל ערך דומיננטי. בנסיבות בהן מוצרים רבים מסופקים לצרכנים בחינם, התבוננות במחיר אינה יכולה לשמש כאמת מידה מרכזית, ודאי שלא בלעדית, להעריך את רמת התחרותיות בשוק. הניסיון מהשטח מלמד, כי חברות משתמשות יותר ויותר בנתונים אישיים על משתמשים, שהן אוספות בשיטתיות, כדי להשיג יתרון תחרותי ולהגדיל נתח שוק. אנו שותפים לדעה לפיה דיני התחרות מהווים חלק בלתי נפרד מהמרקם המשפטי, החברתי והכלכלי הכולל;³⁷ דווקא משום כך יש להכיר בכך שבעידן הדיגיטלי, המידע הפרטי אודות משתמשים אינו רק שאלה של זכויות יסוד, אלא שהוא מהווה מרכיב חשוב בניחות השוק לצורך יישום של דיני התחרות.

ג. זאת ועוד: יש להכיר בכך שהשווקים הדיגיטליים מאפשרים לחברות לכמוס התנהלות שאינה גלויה לעין ואשר עלולה להימצא פוגענית כלפי ציבור המשתמשים. כוונתנו לכך שהספקים נהנים ממידע רב אודות המשתמשים, ומידע זה הוא א-סימטרי: בניית אלגוריתמים, כרייה ואיסוף מידע פרטי, ניתוח ועיבוד המידע לצרכים מסחריים שונים – כל אלה הם מהלכים שנעשים ונשמרים בדרך כלל באופן בלעדי בצד אחד של המתרחש (הספקים), שעה שהמשתמש אינו ער לעצם קיומה של פעילות הנעשית מאחורי המסך השחור ואשר עשויה להשליך על רווחתו (למשל, משום שהיא מאפשרת אפליית מחירים). רשות התחרות מצוידת בסמכויות חקירה אשר יש להפעילן במקרים מתאימים כדי לחשוף בפני הציבור פרקטיקות פוגעניות. בדרך זו ניתן להגביר את רמת המודעות הצרכנית, לאפשר הגשה של תובענות ייצוגיות, ולשרת את הציבור בכללותו. אך מובן הוא שרשות התחרות אינה יכולה לפעול לבד במערכה מורכבת זו. ראוי לרתום לכך את הציבור; הגברת מודעות בקרב משתמשים ועידוד ארגוני צרכים לפעול נגד עוולות מסחריות מהוות את אחת הדרכים לאכיפה רכה של דיני התחרות.³⁸

ד. שם המשחק הוא אכיפה זהירה המתמקדת בליבה של דיני התחרות: שמירה על רמה גבוהה של זירה פתוחה לפעילות תחרותית. האכיפה צריכה לדעתנו להתמקד בפרקטיקות מונופוליסטיות לדחיקת מתחרים, העלולות ליצור או לחזק חסמי כניסה. ההחלטות של הנציבות האירופית שנסקרו לעיל חושפות פרקטיקות שיטתית מצד גוגל 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 בכך, שהמתחרים הם החיילים של התחרות. בלעדיהם – תחרות אין. לכן, בין אם מדובר בשוק מסורתי או שוק חדשני, ניסיונות אסטרטגיים של מונופולים לדחוק מתחרים – הם לעולם פסולים. יש לשים לב שגוגל לא "המציאה" את הפרקטיקות הדורסניות; ההיסטוריה חוזרת על עצמה, כפי שמדגים פסק הדין המפורסם במקרה של

³⁷ Ariel Ezrachi, *EU Competition Law Goals and The Digital Economy* (2018)

³⁸ אנו מפנות בהקשר זה למאמר מעניין שהתפרסם בעיתון *The Economist*:

Special Report Competition, An age of giants, *THE ECONOMIST* 3–12 (November 17th 2018)

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

טלפון: 03-9634104 | דוא"ל המרכז: hethcenter@colman.ac.il

רח' אלי ויזל 2, ראשון לציון | בקרו אותנו באתר: www.colman.ac.il/heth_center

עמוד הפייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מייקרוסופט משלהי המאה הקודמת, שניסתה באסטרטגיות מגוונות לחסל את יריבתה נטסקייפ ולהוציאה משוק הדפדפנים האינטרנטיים.³⁹ לפיכך, שעה שרשות התחרות מזהה פרקטיקה של דחיקת מתחרים -- אנו סבורים שעליה לפעול להשבת התחרות על כנה על דרך של הטלת סנקציות נגד הפרקטיקה הפסולה.

ה. אכן, מדינת ישראל היא שוק קטן יחסית. אין פירושו של דבר שמדובר בשוק פרוץ ללא אכיפה. מכיוון שמדובר בחברות ענק בינלאומיות, האכיפה צריכה להיעשות במקרים בהם קיים חשש ממשי לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכן בישראל. מומלץ לפעול תוך שיתוף פעולה ושילוב סמכויות בין רשות התחרות, רשות הגנת הצרכן וסחר הוגן ורשות הגנת הפרטיות. כן מומלץ לבצע תיאום עם הנציבות האירופית: שעה שמקרה מסוים מטופל שם, ניתן להסתפק בסיוע בין-מדינתי כגון איסוף נתונים והתייעצות, ככל הנדרש. ואולם לדעתנו אין מקום שרשות התחרות הישראלית תמשוך את ידה מטיפול במעצמות הטכנולוגיה, אך משום שישראל היא "קטנה" או שמדובר בחברות זרות. מבחן הסמכות צריך להיחתך לפי שאלת ההשפעה שיש לפרקטיקה פלונית על הצרכן בישראל. כפי שרשות המסים, למשל, מבקשת למסות פעילות של חברות זרות הנהנות מהכנסות אגב פעילותן בישראל, כך על רשות התחרות להפעיל את סמכויותיה הסטטוטוריות, שעה שחברות זרות מנצלות לרעה את מעמדן המונופוליסטי ופוגעות ברווחתו של הצרכן בישראל.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה.

בברכה,

ד"ר איריס סורוקר, שופטת בדימוס, מנהלת

עו"ד ענבר גוטליב ריבקין, עוזרת משפטית

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

³⁹ ראו US v. Microsoft, 34 F3d 253 (2001).