

מונופוליזציה בצבעי הסוואה

דפנה רבן* ואיריס סרוקר**

העולם הדיגיטלי מזמן אפשרויות מתוחכמות ומוסוות מן העין ליצירת מונופולים גדולים ועוצמתיים, עשרות מונים מהמונופולים שהכרנו בעידן התעשייתי. מה שמכונה "מהפכת המידע" מתואר בהתרגשות המלווה צמיחה כלכלית ומרחב חדש של עשייה. ואולם ייחודיות המידע המרושת משמנת מנוע אנטי-תחרותי, ומזמינה השתלטות מעטים על המרחב בו אנו פועלים. בשווקים דיגיטליים, נתונים ומידע מהווים כר פורה להיווצרות מהירה של מונופולים ולביצורם, באופן המקשה על הרגולטור לנטרם ולפקח עליהם. במאמר זה נטען, כי בסביבה המרושתת, ככל שמרכיב המידע בארגון גדל, כך תהליך המונופוליזציה הוא מהיר ועוצמתי יותר. בעוד שבעולם הפיזי, מונופולים הם בדרך כלל גלויים לעין ונחשפים בעזרת קריטריונים מדידים, הרי שבעולם הדיגיטלי, מונופולים מסוגלים לעטות צבעי הסוואה: אלה הם צבעים מייפיים של חדשנות, העלולים לטשטש התנהלות כוחנית לחיסול תחרות. בין צבעי הסוואה ניתן למנות את השירותים החינמיים המוצעים למשתמשים ברשת, העלולים 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. על מנת לעמוד על הזיקה שבין מידע לבין פעילות אנטי-תחרותית, נלבן גורמים כלליים להיווצרות כשל שוק בעולם המרושת. נבחן גורמים המגבירים את כשל השוק במרשתת, המשתקפים באפקט הרשת ובבעיית המידע האסימטרי. לאחר מכן נפתח טיעון אודות השפעת המידע על יצירת מונופולים עוצמתיים שאינם מתיישבים עם רווחת הציבור. נסיים בהצעות להתמודדות עם הבעיה ולמיתון צד העלויות.

א. מבוא. ב. שוק תחרותי, שוק של מידע ומידע אסימטרי.
ג. מונופוליזציה 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. סנוניות של אכיפה. י. מה עושים? יא. סיכום תמציתי.

* פרופ' דפנה רבן היא חברת הסגל הבכיר בביה"ס למנהל עסקים באוניברסיטת חיפה.
** ד"ר איריס סרוקר, שופטת בדימוס, היא מנהלת מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה במסלול האקדמי המכללה למינהל.
אנו מודות לעו"ד ליטל פילר, עוזרת משפטית במרכז חת לחקר התחרות והרגולציה, על סיועה באיסוף חומר, הערות ועריכה. אנו מודות לקוראת/ה החיצונית/ה האנונימית/ת על המשוב הבונה.

א. מבוא

¹ e-anything is more complex than anything.

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. פרשיות כמו פייסבוק-קיימברידג' אנליטיקה,² שזכתה לתהודה תקשורתית רחבה, העלו לתודעה הציבורית את סוגית גודלן ועוצמתן של מעצמות הטכנולוגיה. 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 מנוע אנטי-חרותי 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.

במאמר זה נטען, כי בסביבה הדיגיטלית המרושתת, ככל שמרכיב המידע בארגון גדל, כך תהליך המונופוליוזיה הוא מהיר ועוצמתי יותר. דבר זה משתקף הלכה למעשה בחברות שהשכילו לפתח מודלים עסקיים מבוססי נתונים, מידע וידע.³ בעולם הפיזי, מונופולים בדרך כלל גלויים לעין ונחשפים בעזרת קריטריונים מדידים כגון: נתח שוק, מספר המתחרים בשוק ושליטה במחירים. בעולם הדיגיטלי, מונופולים מסוגלים לעטות צבעי הסוואה: אלה הם צבעים מייפיים של חדשנות, העלולים לטשטש התנהלות כוחנית לחיסול תחרות. בין צבעי ההסוואה 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

1. אנו מייחסות אמירה זו לפרופ' רוב קלינג, אחד ממחברי הספר: ROB KLING, HOWARD ROSENBAUM & STEVE SAWYER, UNDERSTANDING AND COMMUNICATING SOCIAL INFORMATICS: A FRAMEWORK FOR STUDYING AND TEACHING THE HUMAN CONTEXTS OF INFORMATION AND COMMUNICATION TECHNOLOGIES (1st ed. 2005).

2. להחלטת בית המשפט האמריקאי במחוז קולומביה בעניין זה, מיום 24.7.2019, ראו https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/182_3109_facebook_consent_motion_filed_7-24-19.pdf.

3. יש המפרידים בין מידע לידע ומתייחסים למידע כמונח המתאר מידע אובייקטיבי כגון מסמכים, תמונות, סרטונים, תוכנה ואילו למונח ידע מתייחסים כנכס הרוחני שיש לאנשים – מה שמצוי בזיכרון הפרטי. עם התקדמות הטכנולוגיה, הגבולות בין מידע לידע מיטשטשים, ואנו נשתמש במאמר זה, בשני המונחים לסירוגין כמונחים נרדפים. לעניין זה ראו למשל את המאמר בנושא היררכיית החוכמה – DIKW Hierarchy – Data, Information, Knowledge, Wisdom: Jenifer Rowley, *The Wisdom Hierarchy: Representations of the DIKW Hierarchy*, 33 JOURNAL OF INFORMATION SCIENCE 163 (2007).

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, נלבן גורמים כלליים להיווצרות כשל שוק בעולם המרושת. נתחיל בתכונות של מידע כמוצר: העדר יריבות והעדר 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

לא למותר להתחיל מבראשית. 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"⁴. מניעה מבוססת על קניין – הקצאת בעלות, קרי: זכאות בלעדית המוענקת לפרט מסוים והמאפשרת לו לקבוע את השימושים שייעשו במשאב מסוים וכן את מחיריהם. לדוגמה, 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 ללבושה 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

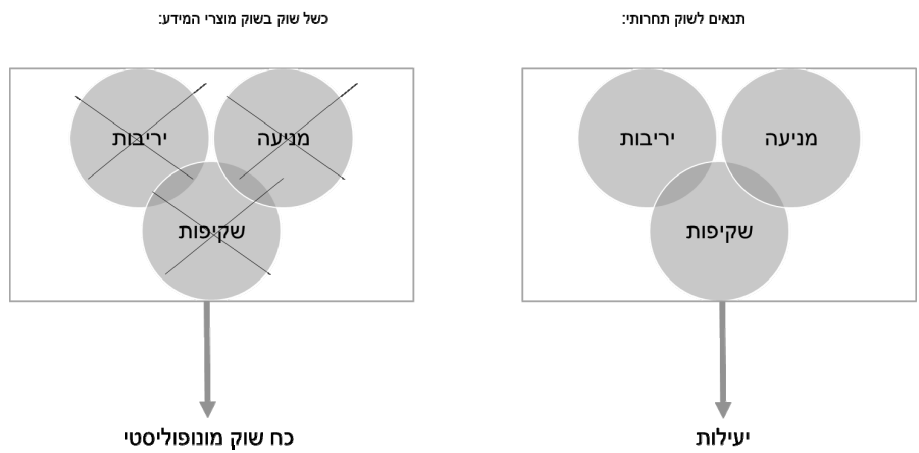
אין מניעה (אין קניין)	יש מניעה (ניתן להקצות קניין)	
מוצרים שיתופיים	מוצרים פרטיים	יש יריבות (בלעדיות בצריכה)
מוצרים ציבוריים	מוצרי "מועדון"/מונופול ממשלתי/ציבורי	אין יריבות (העדר בלעדיות בצריכה)

4 למשל: A. BENASSY-QUERE, B. COEURE, P. JACQUET & J. PISANI-FERRY, ECONOMIC POLICY: THEORY AND PRACTICE 116–117 (2nd ed. 2018).

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.⁵ איור 1 מסכם את ההבדלים העיקריים בין שוק תחרותי לבין שוק מונופוליסטי:

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

A. PICOT, R. REICHWALD & R.T. WIGAND, INFORMATION, ORGANIZATION AND MANAGEMENT 5
306 (2008)

שימושים מקבילים.⁶ כפי שצפייה בשידורי טלוויזיה על ידי פרט אחד אינה גורעת מיכולת הצפייה הברזומנית 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.⁷ 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 העדר וודאות לגבי איכות המידע 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.⁸

בעולם המרשתת, כשל השוק של המידע מתאפיין על רקע האיכויות המיוחדות של הרשת. הדיגיטציה 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

6 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).

7 ראו למשל Niv Ahituv, *Assesing 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), <https://doi.org/10.1108/10662240710758948>.

8 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 בשידורי 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*, AN INTEGRATED APPROACH 743 (2000); DAVID BESANKO & RONALD R. BRAEUTIGGOM, *MICROECONOMICS*, AN INTEGRATED APPROACH 743 (2000).

מאפייניה העיקריים הם: היקף (volume), מגוון (variety) וקצב (velocity).⁹ 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 מתוחכמים המאפשרים לפלח את השוק בחתכים רבים ומגוונים. יכולות טכנולוגיות מאפשרות למשל להתאים פרסומות גולשים; להציע לצרכנים הצעות מכר אינדיבידואליות; וכן להתאים לצרכנים מחירים של מוצרים ושירותים בהתאם לכוח הרכישה האינדיבידואלי, ולא בתמחור אחיד כמוצר על מדף.¹⁰ הערך 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 שעבודי מידע שעושות חברות הטכנולוגיה הגדולות אינם שקופים לצרכן, הפועל מול ממשק משתמש.¹¹ 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 המתרחש השוקי, המידע עלול להפוך את עורו החיובי בדרך כלל, ולהיכבד בצבע שלילי, אנטי-חרותי. בעידן הדיגיטלי, המידע אינו עוד אמצעי נלווה המסייע לקבלת החלטות מושכלות. בעידן הדיגיטלי, המידע עצמו מהווה מוצר, משמעותי ויקר ערך,

9 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).

10 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 Costumer 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 ותיאוריות השוויון" משפט ועסקים טז 377 (2013).

11 נדרשת רגולציה כדי לחייב את מעצמות הטכנולוגיה לשקף למשתמשים מהו השימוש הנעשה במידע פרטי שלהם; ויעידו על כך התקנות האירופאיות משנת 2018 להגנת המידע (GDPR) שתאוזכרה בהמשך.

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 תחתורנה לעשות בו שימוש בלתי שוקף המסכן את התחרותיות של השוק ואת רווחת הצרכן.

ג. מונופולזציה מכוח מידע אסימטרי

שימוש אסימטרי במידע על ידי חברות מבוססות טכנולוגיה עלול לעלות כדי מונופולזציה 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).¹² כמונח זה הכוונה היא למהפכה באופן שבה מתבצעים הדברים במשק, באופן המאתגר את התובנות הידועות כלפיהם ומחייב לשקלל מחדש את הרגולציה המתאימה.¹³

בטרם נחשוב על רגולציה, 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.¹⁴ 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 ובאילו תנאים מסחריים, כיצד הוא מאוחסן ומהי הגנת הפרטיות שהם זוכים לה, אם בכלל.¹⁵ יש לשים לב שמידע בעל אופי אישי נצבר על המשתמש גם מבלי שהוא מוסר פרטים כלשהם: מן המפורסמות היא שכל שימוש ברשת מותיר

12 למשל יורם קלמן ניהול טכנולוגיה וחדשנות 273–264 (2017).
 13 על חדשנות משבשת ראו גם Clayton M. Christensen, Michael E. Raynor & Rory McDonald, *What is Disruptive Innovation*, 93(12) HARVARD BUSINESS REVIEW 44 (2015).
 14 ראו למשל Ian Blair, *Mobile App Download and Usage Statistics* (2019), <https://buildfire.com/app-statistics/> (accessed 18 May 2020).
 15 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 The Niva Elkin-Koren & Michal Gal, Legal Studies Research Paper no. 269, 2015).
 .Chilling Effect of Governance-by-Date on Data Markets, 86 U. CHI. L. REV. 1, 12 (2018)

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.

הבעיה איננה רק פגיעה בזכות הפרטיות.¹⁶ 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.¹⁷ חברות מקוונות מפתחות מודלים עסקיים הנסמכים על מידע פרטי על אודות גולשים כגורם מפתח למסחר; המידע שנצבר ברשת מתורגם להכנסות של אותן הפלטפורמות מפרסומות. למשל, כ-97% מההכנסות של Facebook בשנת 2016 מקורן בפרסומות.¹⁸ 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 מטרת 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 תועלות אישיות, נוצר תמריץ לגבות מהצרכן לפי יכולת אינדיבידואלית ותוך ניצול מרבי של עורף 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,

16 שאלות על אודות היקפה הראוי של הזכות לפרטיות נשאלות בהקשרים רחבים, חברתיים ופסיכולוגיים, והדעות בקשר לכך חלוקות. 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 146 (Katherin Knautz & Katsiaryna S. Brown eds., 2016). ראו גם מאמר על הזכות הכלכלית לנייד המידע & Paul De Hert, Vagelis Papakonstantinou, Gianclaudio Malgiere, Laurent Beslay & Iganico Sanches, *The Right to Data Portability in the GDPR: Towards User-Centric Interoperability of Digital Services*, COMP. L. & SEC. REV., 193, 195–196 (2018).

17 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.

18 ראו Davis S. Evans, *Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights, But Not Sleepy Monopolies*, 16 (2017), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3009438

בדרך כלל מבלי שהאחד יודע על המחיר שהוצע לחברו.¹⁹ פלטפורמות דיגיטליות נהנות מגישה למידע רב, הרבה יותר מאשר פלטפורמות מסורתיות.²⁰ בעשור האחרון אנו עדים גם למגמה של עליה חדה במיזוגי חברות מבוססות נתונים, משום שבעלות על נתונים הפכה להיות גורם מרכזי ביצירת יתרון תחרותי.²¹ לכאורה, אין פסול בפעילות מבוססת מידע, המאפשרת לשפר ביצועים. ואולם זהו רק צד אחד של הסיפור. 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.²² 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 להיפך 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).²³ 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 תפלים 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 ברשת הוא שיח זכויות (החשוב כשלעצמו). מדובר בשיח על אופיו הפתוח של השוק כזירת מסחר תחרותית המאפשרת לרבים להציע בה את מרכולתם. לצבירת מידע אסימטרי בידי מעצמות טכנולוגיה היא בעלת השלכות רוחב כלליות ורחבות היקף, המשפיעות על יעילות

- 19 Ryan 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).
 20 Daniel Susser, Beate Roessler & Helen Nissenbaaum, *Hidden Influence in a Digital World*, 4 GEO. L. TECH. REV. 1 (2019).
 21 מידה להבחנה בין מניפולציות דיגיטליות לבין פרקטיקות לגיטימיות של שיווק ושכנוע. ראו למשל Howard A. Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1683 (2013).
 22 ראו למשל Grunes & Stucke, לעיל ה"ש 15, בעמ' 3.
 23 למשל Rubinfeld & Gal, לעיל ה"ש 17.
 24 George A. Akerlof, *The Market for "Lemons": Quality Uncertainty and the Market Mechanism*, 84 Q. J. ECON. 488 (1970).

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 "בחינם", 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.

הפרסום באינטרנט הוביל לירידה במחירי הפרסום בהשוואה לפרסום בטלוויזיה או בעיתון מודפס.²⁴ ירידת מחירים בדרך כלל מייצגת את טובת הצרכן. לעומת זה, יש לשים לב לשתית תופעות בהקשר של עולם הפרסום: התופעה הראשונה היא יצירת דואופול פרסום פייסבוק-גוגל אשר מנצל את כוחו להעלאה מתמשכת של מחירי הפרסום בשנים האחרונות.²⁵ נראה שטובת הצרכן שהופיעה בשנים הראשונות של הפרסום האינטרנטי התחלפה, בשנים האחרונות, בכשל שוק של דואופול על השלכותיו הרעות. התופעה השנייה היא, היכחדות של אמצעי תקשורת המונים: רשתות טלוויזיה ועיתונים שלא הסתגלו לעולם הפרסום החדש ולא החזיקו מעמד מבחינה כלכלית, משום שלא השכילו לפתח מקורות הכנסה נוספים. כפועל יוצא, הציבור הולך ונחשף לאמצעי תקשורת המונים במידה רבה בתיווך חברות הטכנולוגיה הגדולות, ואלה חברות שאינן מקבלות אחריות על אמיתות התכנים ואיכותם. תופעת חדשות הכזב (ה"פייק-ניוז") שאנו נחשפים לה בשנים האחרונות היא אחד הנזקים הנגרמים בשל ההגמוניה החדשה והמבוזרת על המידע והדחיפה הכלכלית להרוויח ללא בקרת תכנים.

24 למשל, *Digital Marketing vs Traditional Marketing: Which Produces Better ROI* (4.10.2019), <https://www.lyfemarketing.com/blog/digital-marketing-vs-traditional-marketing>.

25 למשל *Facebook Advertising Trends Q4 2017*, <https://bit.ly/3hxbiZB>.

ב"הגמוניה חדשה ומבוזרת" כוונתנו לארגונים שתחומי העיסוק שלהם הם טכנולוגיה ופרסום – תחומי עיסוק היוצרים עוצמה טכנולוגית וכלכלית. אלה ארגונים דיגיטליים שכל קיומם הוא ברשת הטכנולוגית. זרימת מידע המתאפשרת בחינם מיועדת לשרת את המטרה הכלכלית. מאחר שזרימת מידע היא תופעה תומכת-כלכלה ולא המקור הישיר להכנסות, אנו עדים מדי פעם לאמירות כגון אמירתו המפורסמת של מארק צוקרברג – המייסד של חברת פייסבוק, על כך שפייסבוק היא מתווך ניטרלי וחסר אחריות לתכנים. זו אמירה שהוא חזר עליה בעדותו בפרשת קיימברידג' אנליטיקה (באפריל 2018): "I consider us to be a technology company because the primary thing that we do is have engineers who write code and build product and services for other people".²⁶ השקפת העולם של מייסד פייסבוק היא שרווחת הצרכן נגזרת משירות חינמי לצרכן הנבנה בידי טובי המתכנתים והמהנדסים. ואולם מודל מסחרי המבוסס על פרסום ושירות חינמי נושא עימו עלויות לא מבוטלות.

מהן העלויות? ראשית, מודל מימון מבוסס פרסום עלול לזרז את 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.²⁷ 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).²⁸ שימוש אסימטרי במידע מעצים תופעה זו: ככל

26 ראו כתבה בנושא – Michelle Castillo, *Zuckerberg Tells Congress Facebook is Not a Media Company*: "I Consider Us to be a Technology Company", CNBC (11.4.2018), <https://cnb.cx/37F1FF1>.

27 מניפולציה טכנולוגית עלתה לדיון בת"א (מחוזי מרכז) 15-04-18763 ויזה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd (פורסם בנבו, 26.8.2019), מפי כב' השופט אורן שוורץ. בית המשפט קיבל את טענתה של גוגל שלפיה האתר האינטרנטי הפר את הסכם ההתקשרות, כשהפעיל על הגולשים מניפולציות להגברת הקלקות של גולשים על קישורים לפרסומות.

28 הספרות הכלכלית והמשפטית בנושא אפקט הרשת היא ענפה. ראו למשל Joseph Farrell & Garth Saloner, *Standardization, Compatibility and Innovation*, 16 RAND J OF ECON., 70 (1985); Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Network Externalities, Competition and Compatibility*, 75 AM. ECON. REV. 424 (1985); Brian Arthur, *Competing Technologies, Increasing Returns*

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-מנמעת היא היווצרותן של רשתות מונופוליסטיות.²⁹

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 מימנות מאוד בהפיכת הנתונים לידע בעל ערך מסחרי; ודומה כי הדבר הפך להיות מן המפורסמות שאינו טעון עוד הוכחה.³⁰ מדובר בנתונים שנובעים משימוש הגולשים במערכות הממוחשבות החינמיות שמציעות חברות אלה. כאמור, מוצרי חינוס 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.

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

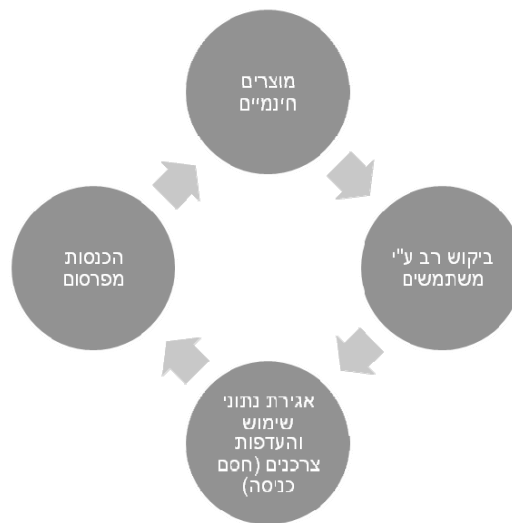
and Lock-in by Historical Events, ECON. J 99, 116 (1989); Michael L. Katz & Carl Shapiro, *Systems Competition and Network Effects*, 8 J. ECON. PERSP. 93 (1994); S.J. Leibowitz & Stephen E. Margolis, *Network Externality: An Uncommon Tragedy*, 8 J. ECON. PERSP. 133 (1994); W.E. Cohen, *Competition and 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).

29 Nicholas Economides, *לאפקט הרשת ולזיקה בינו לבין היווצרות מונופולים ראו למשל*, *Competition Policy in Network Industries: An Introduction*, THE NEW ECONOMY AND BEYOND: PAST, PRESENT AND FUTURE 96 sec. 3.1 (Dennis W. Jansen ed., 2003); Pin Luaren, Jen-Chieh Yang & Yu-Ping Chiu, *The Network Effects and efficiencies in Multisided Markets* (2017) [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); Maurice E. Stucke & Ariel Ezrachi, *How Digital Assistants Can Harm Our Economy, Privacy, and Democracy*, 32 BERKELEY TECH. L.J., 1239 (2017).

30 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.

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



על דברינו יש לשאול: מה עם צד התועלת? מאחר שכולנו (כולל כותבות שורות אלה), נהנים להשתמש באינספור שירותים ח'ינמ'יים שמציעות חברות האינטרנט הגדולות, 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 רלבנטי 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 וחשיפה 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.³¹

31 למאמר הסוקר בהרחבה טכנולוגיות של 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 Online Behavioral Advertising*, 13 MINN J. L. SCI & TECH 281 (2012). במאמר נוסף

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.³² אין צורך לומר שכאשר מדובר במונופולים, הבעיה מחריפה: הצרכן הופך תלוי בהם ובשירותיהם משום העדר 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, אופני 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. תיאוריה 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.³³ חברות שאינן חשופות לתחרות צפויות "לנוח על זרי הדפנה", כמאמרו הידוע של קנט ארו.³⁴ תוצאה פוטנציאלית זו איננה לטובת הצרכנים, וצפויה לפגוע ביעילות השוק בכללותו.

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

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).

32 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).

33 לדיון בזיקה שבין מונופול לחדשנות ראו איריס סורוקר "הפקעת ההגנה הקניינית מבעל הפטנט בנקודת היהפכותו למונופול" **עיוני משפט** כט 509, 529 ואילך (2006).

34 התזה שפיתח הכלכלן 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 החדוש. 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 Welfare and the Allocation of Resources for Invention*, in THE RATE AND DIRECTION OF INVENTIVE ACTIVITY: ECONOMIC AND SOCIAL FACTORS 609, 619–622 (1962).

לחבר בין שלושה גורמים מרכזיים ההופכים את העולם הדיגיטלי לזירה שהיא "מועדת לפורענות 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).³⁵ מושג ה-rent seeking מתייחס להשגת רווחיות עודפת בדרכים אסטרטגיות, כגון שתדלנות אצל מחוקקים.³⁶ במושג זה דבק הקשר שלילי משום שלא מדובר ברווחיות המייצרת צמיחה ותועלת חברתית. מדובר ברווחיות שאינה יצרנית ואשר נשארת בידי מספר מצומצם של מרוויחים.

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.³⁷ 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.³⁸ 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 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 מונופוליזציה. ההתפשטות המהירה של מעצמות הטכנולוגיה מבוססת על איסוף מסיבי של נתונים, המשמש לבניית מעמד שוקי. משתמשים נקשרים לשירותים המוצעים להם בחינם, ובדרך זו מעצימים

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

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

37 לעניין זה ראו https://en.wikipedia.org/wiki/Reed%27s_Law ; https://en.wikipedia.org/wiki/Metcalf%27s_Law.

38 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).

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

היו תקופות שבהן "נעלי פלטפורמה" היו אופנתיות. בשנים האחרונות, אופנת הפלטפורמות נפוצה מאד בעולם הדיגיטלי (ללא קשר לנעליים...). 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.³⁹

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.⁴⁰ המונופול גובה עמלה 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 אקספדיה ובוקינג, למעשה מדובר בתאגידי ענק בעלי עצמה כלכלית אדירה המסוגלים להכתיב מי ייכנס לפלטפורמה ובאילו 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 –

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

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

הנובעות מאפקט הרשת ומיתרונות לגודל – מאפשרות מונופולזיציה 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 מתוכנת של חנויות. כמתוכנת, 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 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 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 המתנס, המשפיעים זה על זה.⁴¹ יתרונות הגודל של שוק דו-צדדי אינם נטולי חיסרון. 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 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 תשתית להתפתחות פרקטיקות מונופוליסטיות נצלניות ואנטי-תחרותיות. שוק דו-צדדי מעצים את אפקט הרשת, הן לחיוב והן לשלילה.

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 מהמתמשים 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

41 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).

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.⁴² בפרק הבא נעסוק בסטנדרטים טכנולוגיים. נראה, כי גם ללא אופורטוניזם, הרשת דוחפת לסטנדרטיזציה ומעלה את הסיכון למצבי קיבעון.

42 הכוח הפלטפורמי להשפיע על תכני העסקאות הודגם לאחרונה בפרשת *American Express*, לעיל ה"ש 39. דובר בשוק כרטיסי האשראי, הנשלט בארצות הברית על ידי ארבעה מוסדות פיננסיים עיקריים: *Discover*, *American Express*, *Visa* 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). ממשרת *Ohio* 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 נפרד, אלא להתבונן על שני צדי המתנס 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 המתנס 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 *Stephen Breyer*, שלפיה אמריקן אקספרס פגעה בתמריץ של חברות האשראי להוריד את מחיר העמלות מעניינת לדעת המיעוט, פרקטיקה לניתוב לקוחות אינה פסולה, אלא להפך: היא מעודדת תחרות. היא מאפשרת לסוחרים לתגמל לקוחות שבוחרים להשתמש בכרטיסי אשראי זולים, וכדרך 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.

ו. 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 הרלבנטית נקראת תאימות (compatibility), והיא מסמנת מוצרים שהמבנה הטכנולוגי שלהם מאפשר להם "לדבר" זה עם זה.⁴³ 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 שבו. למשל, בשוק קונסולות משחקי הווידאו, 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.⁴⁴

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

44 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 העדר-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 <https://bit.ly/2UP5f8Q>.

פרקטיקות של מניעת תאימות עלולה להיות מנוצלות להעצמת כוח שוק ולמניעת תחרות. דוגמה ותיקה לכך מהווה הפרשה בעניין מיקרוסופט משלהי המאה הקודמת.⁴⁵ 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 הרלבנטי. 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.⁴⁶ 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 מיקרוסופט – שתיהן רותמות אמצעים טכנולוגיים לביצור מעמדן השוקי.⁴⁷ נקודה חשובה היא להבין כי פרקטיקה

45 לפסק הדין של הערכאה הראשונה במחוז קולומביה ראו USA v. Microsoft Corp., 87 F.Supp.2d 30 (2000). לפסק הדין של ערכאת הערעור הפדרלית של מחוז קולומביה ראו USA v. Microsoft Corp., 253 F.3d 34 (2001).

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

47 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,

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 לתקן.

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 ופיטבויט 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 למונופוליוזציה של השוק. המקרה של אמזון מוכיח זאת. מחקר פורץ דרך בעניין זה נעשה על ידי לינה קאהן.⁴⁸ מחקרה מהווה ניסיון חלוצי להתמודד עם האתגר שמציבים שווקים מקוונים. קאהן שאלה, כיצד על דיני האנטי-טרסט (תחרות) האמריקאים 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 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, שירות 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.

and tilt the playing field against everyone else. And in the process, they have hurt small business and stifled innovation" Elizabeth Warren, *It's Time to Break Up Amazon, Google, and Facebook, Here's How we Can Break Up Big Tech* (April 2020), <https://elizabethwarren.com/plans/break-up-big-tech>.

ראו Lina M. Khan, *Amazon's Antitrust Paradox*, 126 YALE L.J. 710 (2016) 48

ח. 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. נבקש לעמוד עליהן במעוף הציפור:

א. נעילת לקוחות בדמות עלויות מעבר כספיות או לא־מוחשיות. זה היה המקרה של חברות הסלולר בישראל, שקשרו אליהן צרכנים באמצעות מספרי טלפון. נדרשה רפורמה של משרד התקשורת כדי לחייב את חברות הסלולר לאפשר נידוד של מספרי טלפון בין חברה לחברה, באופן המקל את המעבר של הצרכנים.⁴⁹ מערכות מידע ארגוניות מהוות אף הן דוגמה לנעילת לקוחות. 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. מהעת האחרונה, הממשל הפדרלי בארה"ב פרסם מכרז לאיחוד שרתי הענן של מערכת הביטחון האמריקאית למשך זמן ממושך של עשר שנים; הזוכה במכרז כזה צפוי להיות ספק יחיד לשנים רבות.⁵⁰

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. הדגים זאת הסיפור הידוע על מקס שרמס, הסטודנט האוסטרי ומלחמתו בפייסבוק.⁵¹ 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.⁵²

49 ראו משרד התקשורת "תוכנית מספור לעניין ניידות מספרים – נוסח משולב" (2005) <https://bit.ly/2Y66rqu>.

50 נשמעה טענה כי המכרז נתפר לפי היכולות של אמזון, עד כי IBM ואורקל תבעו לשנות את תנאי המכרז כדי לאפשר גם להן להתחרות על פרויקט שסוגר את התחרות מול משרד הביטחון האמריקאי למשך עשור לפחות. הוחלט בפנטגון לבחור במיקרוסופט. ראו סקירה של פרשה זו: <https://bit.ly/2YKlaqe>; <https://reut.rs/2zDLLga>.

51 בשנת 2012 דרש שרמס מפייסבוק להעביר לו את כל המידע שהמערכת אוגרת עליו. לאחר שהתעקש קיבל דיסק ובו 1,222 עמודי מידע, כולל מידע שהוא כביכול מחק מהמערכת או מידע ששרמס חשב שאינו נאסף, אך בפועל נאסף (למשל נתוני המיקום שלו). לדיווח כללי ראו יואב בורנשטיין "כך חשפתי את 1,222 העמודים שפייסבוק אספה עליי" (6.2.2012) www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3561169,00.html.

52 בתקשורת דווח כי סר טים ברנרס־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? מציאת ה־Web רוצה

- 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 נגד 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.⁵³
- 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.⁵⁴ בינה מלאכותית מאפשרת לאמזון גם ליוזם יוזמות מסחריות חדשות כגון Amazon Go,⁵⁵ 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 בפריון 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

להציל אותנו מפייסבוק, גוגל ואמזון" (30.9.2018) www.calcalist.co.il/internet/articles/0,7340,L-3746676,00.html

ראו הודעה לעיתונות בדבר הטלת הקנס: <https://bit.ly/3fA1T1M>

ראו *Case Study: Amazon, Customer Retention and AI*, <https://bit.ly/3e971s5>

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 <https://www.amazon.com/b?ie=UTF8&node=16008589011>

המיישמות בינה מלאכותית לבין אלה שמאחרות לעשות זאת. קיטוב במקרה זה משמעו גם חסם כניסה לשוק, וכפועל יוצא הקטנת התחרות.⁵⁶

ושוב: מדובר בפרקטיקות אנטי-תחרותיות 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 העדר הבנה מקצועית והן משום החשש מפני טעות העלולה לצנן את המשך הפעילות החדשנית.

ט. סנוניות של אכיפה

שלוש החלטות משמעותיות בעניינה של גוגל, שהוציאה הנציבות האירופית בראשותה של הגב' 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 יורו.⁵⁷ 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 השוואת מחירים של מתחריים. עיצוב האלגוריתם באופן מניפולטיבי הוביל לכך ששירות השוואת המחירים של גוגל הופיע בתוצאות החיפוש במקומות הראשונים, בעוד שהמתחריים 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 מתחריים. 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.

56 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 טכנולוגיית הבינה המלאכותית (פרק ראשון), ומציג 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>.

57 להודעה לעיתונות מיום 27.6.2017 בדבר החלטת הנציבות האירופאית ראו http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm.

תוצאות אלה מוקמו מעל תוצאות החיפוש השגרתיות המתקבלות בחיפוש רגיל. בכל הקשור למתחרים, גוגל הפעילה אלגוריתם חיפוש שגרת, שכולל הורדה בדירוג לפי קריטריונים מסוימים – מהלך שלא הוחל על המוצר של גוגל. כתוצאה מכך, התוצרים של המתחרים הוצגו במיקום בעל עדיפות 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 האירופיים החל משנת 2011 ובמשך מספר שנים, וזאת בפרקטיקות אנטי-תחרותיות של גוגל הקשורות למערכת ההפעלה אנדרואיד.⁵⁸ 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 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 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 יורו. החלטה נוספת של הנציבות האירופית ניתנה במרץ 2019, ובגינה גוגל נקנסה בסך של 1.49 מיליארד יורו.⁵⁹ הפעם עמדה על הפרק פרקטיקה שנמשכה כעשור (בין השנים 2006–2016) ועניינה בניסיון השתלטות על עולם הפרסום האינטרנטי. גוגל ביקשה לעשות זאת באמצעות

58 ראו דיווח על ההחלטה (18.7.2018): <https://bit.ly/3d6On3J>.

59 ראו דיווח על ההחלטה (20.3.2019): <https://bit.ly/3fu3ea8>.

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.

נראה כי הרגולטורים בצרפת מגלים אף הם מדיניות אכיפה תקיפה נגד פרקטיקות אנטי-תחרותיות של מעצמות הטכנולוגיה. החלטה של הרשות הצרפתית, ה־CNIL, מינואר 2019, קובעת כי גוגל הפרה את תקנות הגנת הפרטיות האירופאיות, ה־General Data Protection Rules (GDPR).⁶⁰ ברקע ההחלטה עומד תהליך אינטנסיבי של כריית מידע פרטי שגוגל אוספת מהמשתמשים במנוע החיפוש שלה, כדי ליצור פרופילים צרכניים המשמשים אותה לפרסומת ייעודית ופרסונלית. ההחלטה מתייחסת לחובה המוטלת על גוגל לפי התקנות האירופאיות, וכמחזיקה של מאגר מידע לספק למשתמשים מידע ברור על אודות השימוש שהיא עושה במידע הפרטי שלהם, ואשר היא אוספת אגב השימוש של הגולשים במנוע החיפוש שלה. 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 עליהם. גוגל נקנסה בסך של 50 מיליון יורו בגין הפרת התקנות האמורות. שוב מדובר במקרה שבו מנוע חיפוש יעיל, חגיגי ופופולרי משמש כצבע הסוואה לפעילות אנטי-תחרותית שיטתית וארוכת שנים בתחום הפרסום.

ועוד: רשות התחרות הצרפתית (Autorite de la Concurrence) הטילה על חברת Apple (ועל שני משווקים סיטונאיים של מוצריה), קנסות גדולים – הנחשבים לגבוהים ביותר שהטילה עד כה – בסך מצטבר של 1,241,050,609 יורו; זאת בגין הסדרים כובלים שביצעו בצרפת בין השנים 2005–2013. לפי ההחלטה, ממרץ 2020, אפל חילקה את השוק בין שני הסיטונאים; היא הכתיבה להם מחירי מכירה; ונוסף לכך, התנהלה באופן מפלה כלפי משווקים עצמאיים

60 ראו דיווח על ההחלטה (21.1.2019): <https://bit.ly/2N3CC3s>.

ותוך ניצול תלותם הכלכלית בשיווק מוצריה המבוקשים.⁶¹ נזכיר גם החלטה של רשות התחרות בצרפת מאפריל 2020, העוסקת בהתנהלותה של גוגל כלפי ספקיות תוכן חדשות. הרשות בדעה כי הדרישה של גוגל כלפי ספקי תוכן, להקנות לה רישיון שימוש חינם בתכנים מוגני זכויות, עולה לכאורה כדי ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי. בשלב זה, הרשות הסתפקה בפנייה אל גוגל ודרשה ממנה, בתוך שלושה חודשים, לשאת ולתת בתום לב עם ספקיות תוכן חדשות על תשלום עבור תכנים לצורך פרסומם.⁶²

בגרמניה החליטה הרשות הגרמנית (Bundeskartellamt), בפברואר 2019, להורות לפייסבוק, בכל הקשור לפעילותה בגרמניה, להימנע מאיסוף ומהצבת מידע של משתמשים ללא הסכמתם. החלטה זו נסמכת גם היא על הכללים האירופיים להגנת המידע הפרטי (GDPR); היא מעניינת במיוחד משום שהיא מכירה בזיקה שבין איסוף מידע פרטי לבין צבירת כוח שוק ומונופוליזציה.⁶³

אירופה היא חלוצה בתחום האכיפה כנגד מעצמות האינטרנט. ארה"ב, מקום צמיחתם של המונופולים האינטרנטיים הגדולים, לא מיהרה לחקור בעניין, בין אם בשל אידיאולוגיה כלכלית הנטועה בשוק החופשי, ובין אם משיקולים פוליטיים, המרתיעים את השלטון מעימות עם גופים רבי הון ועוצמה. אך נראה כי לאחרונה גם בארה"ב החלו לחקור.⁶⁴ ביולי 2019, בעקבות פרשת קיימברידג' אנליטיקה המפורסמת, רשות הסחר האמריקאית (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 שלישיים וכן לאפשר פיקוח שוטף מצד הרשות (בין השאר על ידי הקמת ועדת פרטיות עצמאית בחברה ודיווח תקופתי).⁶⁵

בישראל, הרשות להגנת הפרטיות הודיעה זה מכבר על פתיחת חקירה מנהלית נגד פייסבוק בעקבות פרשת קיימברידג' אנליטיקה.⁶⁶ נוסף לכך, הממונה על התחרות הכלכלית הביעה דעה ולפיה ראוי ליישם על מעצמות האינטרנט את המודל המשפטי הקבוע בחוק לקידום תחרות

61 לתיאור מפורט של ההחלטה בשפה האנגלית, באתר רשות התחרות הצרפתית, ראו <https://bit.ly/3hAQ100>. נציין כי החלטה זו עוסקת בהסדרים כובלים על דרך הכלל, שאינם נובעים מהיבטים טכנולוגיים. עם זאת, זו החלטה חשובה, משום שהיא מצביעה על עוצמת השוק הפוטנציאלית של חברות הטכנולוגיה, העלולה להיות מנוצלת לרעה גם לצורך השגת הסדרים כובלים "רגילים".

62 ראו דיווח על ההחלטה (16.3.2020): <https://bit.ly/30MbDBP>.

63 החלטה B6-22/16 מיום 6.2.2019, ראו בקישור <https://bit.ly/3easfXK>.

64 לאחרונה פורסם כי משרד המשפטים האמריקאי פתח בחקירה כנגד התנהלות אנטי-תחרותית מצד מעצמות הטכנולוגיה. ראו www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1001288300.

65 ראו בקישור <https://bit.ly/2USkkGL>.

66 להודעת רשות התחרות על פתיחת חקירה מנהלית לחברת פייסבוק ראו www.gov.il/he/Departments/news/facebook_private_data. טרם פורסם מהם ממצאי החקירה ומה הוחלט בעקבותיה.

וצמצום הריכוזיות, התשע"ד–2013.⁶⁷ לאחרונה התברר כי שלוש הרשויות הרלבנטיות – רשות התחרות הכלכלית, הרשות להגנת הפרטיות והרשות להגנת הצרכן וסחר הוגן – תשתפנה פעולה באתגרי הכלכלה הדיגיטלית.⁶⁸ אולם עד כה, רשויות הרגולציה בישראל טרם נקטו מהלכים אפקטיביים לריסון המונופולים האינטרנטיים ולהגנת הצרכן הישראלי.⁶⁹ אנו סבורות כי לרשויות הרגולטוריות יש תפקיד ציבורי חשוב, ולו משום שבידיהן סמכויות חקירה ליישום החוקים שעליהם הן מופקדות.⁷⁰ מודעות הציבור לפרקטיקות פוגעניות במישור של הגנת הפרטיות, הגנת הצרכן ושמירת התחרות היא משמעותית. עצם החקירה וחשיפת המידע משרתות את הציבור, בהצפת הנושא ובהבאתו לשיח ציבורי.

י. מה עושים ?

כדי לענות על השאלה "מה עושים?" צריך לחדד את הבעיה המונחת לפתחנו. הטכנולוגיה דוחפת קדימה את חזית הצמיחה, אך בד בבד היא משרתת יצירה של מונופולים רבי עוצמה. בשם הקדמה הטכנולוגית נוצרות חברות ענק בעלות עוצמה כלכלית כשל מדינות, וקל לדמיין כיצד עוצמתן הכלכלית הופכת לעוצמה פוליטית. נוצר חיבור ישיר ממישור של חדשנות טכנולוגית למישור של הון עתק ועוצמה חברתית. הדילמה מורכבת: מצד אחד, קיים אינטרס כלכלי ברור לקדם חדשנות, קדמה טכנולוגית, יזמות ופיתוח; אך מהצד האחר ניצב אינטרס חברתי מובהק למנוע השתלטות של מעטים על מרחב הפעילות הכלכלי והחברתי. הדרמה של הטכנולוגיה האינטרנטית והשלכות הרחוב שהיא מייצרת מחייבות חשיבה מקיפה ויצירתית ורתימה של אמצעים רבים לטיפול בבעיות המגוונות. כללי המשפט הם אומנם חלק חשוב באסדרה של מונופולים טכנולוגיים, אך לצידם ראוי לרתום מודעות צרכנית ושיח ציבורי. בראש ובראשונה חשוב להבין כי מונופולים ברשת נהנים מצבעי הסוואה כלפי

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

68 ראו דיווח של רשות התחרות "הרשות להגנת הפרטיות והרשות להגנת הצרכן ישתפו פעולה באתגרי הכלכלה הדיגיטלית" (18.9.2019) <https://bit.ly/2YIFtV1>

69 בתי המשפט בישראל נדרשים מעת לעת להתמודד עם תביעות אזרחיות העוסקות בפרקטיקות פוגעניות מצד מעצמות הטכנולוגיה. ראו למשל עניין ויוה מדיה, לעיל ה"ש 27, 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 א' שוררין). נציין עוד כי בפני בתי המשפט תלויות ועומדות תובענות ייצוגיות בנושא פרקטיקות אנטי-צרכניות מצד פייסבוק. ראו למשל ת"צ (מחוזי מרכז) 7322-10-18 אקסלרוד נ' Facebook Ireland Limited; תצ (מחוזי חי') 7322-10-18 אקסלרוד נ' Facebook Inc. ראו למשל ס' 45, 44, 46 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988.

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. בהעדר התערבות רגולטורית הולמת, חברות טכנולוגיות צפויות לנצל את יכולותיהן לא רק לפגיעה בפרטיות כי אם להעמקת המונופולרציה, 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 והפיתחות הלכאורית של הרשת. אך מה שנראה מרשים ובלתי־מזיק בטווח הקצר, אינו עולה בקנה אחד עם רווחת הצרכן בטווח הארוך.⁷¹

נבקש לשרטט קווים לפתרונות שניתן לפתח למיתון העוצמה המונופוליסטית של ענקיות הטכנולוגיה:

1. בתחום דיני התחרות – 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 רבים מסופקים לצרכנים בחינם, התבוננות 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

71 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 פרטונלית 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 for both consumers and businesses is now overdue" *Privacy and Competitiveness in the 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>

ויותר בנתונים אישיים על משתמשים שהן אוספות בשיטתיות כדי להניח חסמי כניסה אל השוק.⁷²

2. אנו שותפות לדעה שלפיה דיני התחרות מהווים חלק בלתי-נפרד מהמרקם המשפטי, החברתי והכלכלי הכולל.⁷³ 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 מהלכים שנעשים ונשמרים בדרך כלל באופן בלעדי בצד אחד של המתנס, שעה שהמשתמש אינו ער לעצם קיומה של פעילות הנעשית מאחורי חומות הארגון ועשויה להשליך על רווחתו (למשל משום שהיא מאפשרת אפליית מחירים).

3. רשות התחרות מצוידת בסמכויות חקירה אשר יש להפעילן במקרים מתאימים כדי לחשוף בפני הציבור פרקטיקות פוגעניות במישור השימוש במידע פרטי. בדרך זו ניתן להגביר את רמת המודעות הצרכנית, לאפשר הגשה של תובענות ייצוגיות ולשרת את הציבור בכללותו. אך מובן 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 הן אחת הדרכים לאכיפה רכה של דיני התחרות.

4. 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 סבורים שעליה לפעול להשבת התחרות על כנה בדרך של הטלת סנקציות כנגד הפרקטיקה הפסולה.

72 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

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

5. 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 שיטתי "בחינם". יש לזכור: מוצרים חינמיים אינם באמת בחינם. מעצמות הטכנולוגיה אינן מספקות שירותים בחינם, שהרי "אין ארוחות בחינם"⁷⁴. בדרך כלל, המשתמשים משלמים במידע האישי שלהם, ללא מודעות מלאה ומבלי לקבל תשלום.⁷⁵ 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 חינמיות, אך אינו ער להגבת חסמי הכניסה אל השוק, בניגוד לרווחתו.⁷⁶

6. יש כאן תנועת מאזניים בין רווחת הצרכן המושגת בשירות חינמי, לבין פגיעה בציבור לטווח הארוך, בעקבות הגבת 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 שמנוע החיפוש של גוגל או הרשת החברתית של אינסטגרם יהיו זמינים לציבור בשני מסלולים; מסלול אחד בחינם, כמקובל כיום, והוא כולל

74 ידוע מאמרו של אנדרו לואיס: "If you are not paying for it, you're not the customer; you're the product being sold" ראו Andrew Lewis, Twitter Status from 13.9.2010. <https://twitter.com/andrewlewis/status/24380177712?lang=he>.

75 מיה מקגיניס, נשיאת הוועדה לתקציב פדרלי בארה"ב, טוענת שענקיות הטכנולוגיה נוקטות בפרקטיקות של התמכרות במטרה לעמעם את הרצון החופשי של הפרט ("קפיטליזם ישר לווריד" (בתרגום לעברית) אלכסון – מחשבות מתחילות כאן (מאי 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".

מקגיניס 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".

76 בהלכה אמריקאית מפורסמת משנות החמישים בעניין *United Shoe Machinery Corp.* דובר ביצרנית מכונות 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 של ארה"ב. ראו *United States v. United Shoe Machinery Corp.*, 110 F. Supp. 295 (D.Mass.); *aff'd United Shoe Machinery Corp. v. United States*, 347 U.S. 521, 74 S.Ct. 699 98 L.Ed. 910.

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 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.⁷⁷

7. 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 זה 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 שווקי האינטרנט, וזאת בשאיפה לאזן מחדש את שיווי המשקל התחרותי.

8. 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. על רשות התחרות לבחון בתשומת לב בקשות למיזוגים אופקיים, אנכיים וקונגלומרטיים. כאשר מדובר במיזוג עם חברה זרה, על הרשות בישראל לפעול לשיתוף פעולה בינלאומי ולהשמעת הקול הישראלי בפני מקבלי ההחלטות בחו"ל לצורך הצגת האינטרס של הציבור בישראל.

9. אכן, מדינת ישראל היא שוק קטן יחסית. אך אין פירושו של דבר שמדובר בשוק פרוץ ללא אכיפה. מכיוון שמדובר בחברות ענק בינלאומיות, האכיפה צריכה להיעשות במקרים שבהם קיים חשש ממשי לפגיעה משמעותית ברווחת הצרכן בישראל. שיתוף הפעולה שעליו התבשרנו – בין רשות התחרות הכלכלית, רשות הגנת הפרטיות ורשות הגנת הצרכן וסחר הוגן – הוא ראוי. מומלץ לבצע תיאום בינלאומי עם רשויות זרות: שעה שמקרה מסוים מטופל בידי רשות זרה, ניתן להסתפק בסיוע בין-מדינתי, כגון איסוף נתונים והתייעצות. ואולם לדעתנו אין מקום שרשות ישראלית תמשוך ידה מטיפול במעצמות טכנולוגיה, אך משום שישראל היא "קטנה" או שמדובר בחברות זרות. מבחן הסמכות צריך להיחתך לפי שאלת ההשפעה שיש לפרקטיקה פלונית על הצרכן בישראל.

77 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. למושג Freemium ראו <https://www.investopedia.com/terms/f/freemium.asp>.

10. 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.⁷⁸ 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.⁷⁹ לשם השוואה, בארה"ב מקובל להשתמש לעניין הסמכות בדוקטרינת האפקט, המאפשרת להתבונן בהשלכות של הפעולה האנטי-תחרותית על השוק המקומי, וזאת אף אם הפעולה עצמה נעשתה מחוץ למדינה.⁸⁰ הוא הדין בנציבות האיחוד האירופי, המפעילה את דיני התחרות האירופיים גם על חברה זרה, אם התנהגותה היא בעלת השפעה על צרכנים באירופה. כך, בנובמבר 2017 הודיעה נציבות התחרות האירופאית 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 האירופיים יטופלו בידי הנציבות האירופית, אף אם ההתארגנות הקרטליסטית נערכה מחוץ לאיחוד.⁸¹ בהחלטה אחרת, ממאי 2018, הנציבות האירופית בחנה התנהלות מונופוליסטית של חברת גזפרום,

78 "חברה" מוגדרת בסעיף 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, תשמ"ם-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, סעיף 18 לחוק התחרות הכלכלית עוסק ב"מיוזג עם חברה העוסקת בחוץ לארץ", ללמדנו כי פעילות אקסטרטוריאלי איה שוללת את תחולת החוק, אם יש לפעילות הנדונה השלכה על השוק המקומי.

79 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 מבודדי גז, מיום 16.9.2013. ראו גם החלטה ת"צ (מחוזי מרכז) 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 אקסטרטוריאלי 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 האקסטרטוריאלי" מחקרי משפט יט 143, 150-151 (2002).

80 פסק הדין המנחה בארצות-הברית בעניין זה הוא United States v. Aluminum Company of America, 148 F.2d 416 (2nd Cir. 1945). 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).

81 ראו Case AT.39881 – Occupant Safety Systems supplied to Japanese Car Manufacturers – Commission Decision of 22.11.2017, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39881/39881_2123_5.pdf

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"⁸².

11. לטעמנו, מבחן הסמכות הסטטוטורית של רשות התחרות צריך להיחתך לפי שאלת ההשפעה שיש לפרקטיקה פלונית על הצרכן בישראל.⁸³ 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;

82 ראו Case AT.39816 – Upstream gas supplies in Central and Eastern Europe – Commission Decision of 24.5.2018, https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/39816/39816_10148_3.pdf

83 שאלה נפרדת היא אם תובע פרטי רשאי להגיש בישראל תביעה כנגד חברה זרה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית. האפשרות להמציא תובענה אזרחית מחוץ לתחום השיפוט של מדינת ישראל מוסדרת בתקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד–1984. 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 אשר לפי הנטען השפיע על המחיר לצרכן בישראל. בית המשפט פסק כי תק' 500 אינה מאפשרת המצאה לנתבע זר, אם המעשה או המחדל שבהם מדובר לא התרחשו בישראל. השופטת א' חיות העירה כי מצב משפטי זה אינו משיע רצון, בהינתן שהמעשה גרם נזק לצרכן הישראלי. ראו רע"א 925/17 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' AU Optronics Corp. (פורסם בנבו, 6.3.2016). בתיקון לתקנות משנת 2018 הוספה תק' 500(א) בגדרה עוגנה חלופת הנזק לרשימת 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". ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2) התשע"ט–2018, ק"ת 1483 (11.12.2018). הרציונל שהוביל להוספת התקנה נלמד מדברי ההסבר: "הפרשנות שניתנה בפסיקה לתקנה 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 שתהלוך 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(א) 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".

בעניין תק' 500(א)7 ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 3661-03-18 עובון זיד נ' אלג'זר 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 קונפניו שר סמכות שיפוט על נתבע זר 107–102 (2000).

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.⁸⁴ 12 בתחום הגנת הפרטיות והשימוש במידע אישי – העידן הדיגיטלי הוליד שיח ציבורי ומשפטי ער בשאלת היקף ההגנה על הפרטיות.⁸⁵ הטכנולוגיה האינטרנטית הפכה את המידע האישי לפגיע, ולכן היא מחייבת עיון מחודש בשאלה כיצד ובאיזה היקף ראוי להגן על הזכות לפרטיות. יש הטוענים כי זהו עידן שבו "הפרטיות מתה", בראש ובראשונה משום שאנשים רבים בוחרים לשתף מידע אישי שלהם באופן וולונטרי.⁸⁶ נוסף לכך, ניתן לזהות ערכים חברתיים שלכאורה מאפילים על הזכות לפרטיות ואשר מועצמים בזרימה חופשית של מידע, כמו התפתחות המחקר המדעי והמסחר הבינלאומי. מנגד, יש הרואים בזכות לפרטיות את "מלכת הזכויות" בעידן הדיגיטלי.⁸⁷ במדינות שונות מופיעים חוקים שמטרתם להגן על זכותו של הפרט לצנעת מידע בעל אופי אישי.⁸⁸

- 84 אנו שותפות בעניין זה לדעה שהביעו המלומדים אריאל אזרחי ודיויד גילה בספרם דיני התחרות האירופאיים בראי דיני ההגבלים העיסוקיים בישראל פרק 14, ס' 14.5.8 (2019).
- 85 לדיון נרחב בזכות לפרטיות ובהצדקותיה ראו ראם שגב "פרטיות – משמעותה וחשיבותה" פרטיות בעידן של שינוי 25 (תהילה שוורץ אלטשולר עורכת, 2012).
- 86 ראו למשל שיוף רפאלי "אתיקה במחשוב" מבואות לאתיקה א 79 (אסא כשר עורך, 2009): "האם יש טעם לעסוק בפרטיות כאשר האפשרות לפרטיות אמיתית נגוזה מן העולם המודרני? דווקא כתוצאה מטכנולוגיות המחשוב, פרטיות היא עתה ענין לבחירה פרטית. מי שפרטיותו חשובה לו, יתכבד ויבחר שלא להתחבר לרשת, או שיעשה שימוש אינטנסיבי בכלי הצפנה וערובול. מכל מקום, יותר משהזכות לפרטיות היא עניין מובטח, האחריות לפרטיותך מוטלת עליך... השינוי האתי האמיתי שחייב לחול הוא הוצאת כלי הצפנה מידיה של הממשלה והפצתם כך שיהיו זמינים ונגישים לכול".
- יש הטוענים כי "הפרטיות מתה" בלא משים, משום שאנשים ככלל אינם מודעים להיקף כריית המידע האישי ולעיבודו בידי חברות הטכנולוגיה לצרכי מסחריים. ראו למשל Judith Rauhofer, *Privacy is Dead, Get Over it! Information Privacy and the Dream of a Risk-free Society*, 17 INFORMATION & COMMUNICATIONS TECHNOLOGY LAW 185 (2008). בהקשר של פייסבוק נטען כי משתמשים עושים שימוש ברשת החברתית לשינוף מידע אישי, לא פעם ללא זהירות מספקת. הפלטפורמה גורמת לחשיפת מידע שאינו רק אישי אלא גם על אודות צדדים שלישיים, וזאת ללא מודעות מיטבית לסיכונים הכרוכים בכך. ראו James Grimmelmann, *Saving Facebook*, 94 IOWA L. REV. 1137 (2009). טען כי אנשים מוכנים לוותר על פרטיותם כדרך לנהל סיכונים. ראו Rauhofer, שם, בעמ' 185–197.
- 87 ראו תהילה שוורץ אלטשולר "פרטיות – מלכת זכויות האדם בעולם הדיגיטלי" פרלמנט 83 – פרטיות בעולם הדיגיטלי (2019), www.idi.org.il/parliaments/25693/25694. האסכולה הקוראת להדק את הגנת הפרטיות כנגד איומי הטכנולוגיה מזוהה בראש ובראשונה עם כתיבתם הוותיקה של סמואל וורן ולואיס ברנדס, שביקשו להכיר בזכותו של הפרט "להיעזב" (the right to be left alone). ראו Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, *The Right to Privacy*, 4 HARV. L. REV. 193 (1890).
- 88 באירופה נכנסו לתוקף בשנת 2018 כללי ה-GDPR: General Data Protection Regulations, שמטרתם (בתמצית רבה) היא ליצור מסגרת רגולטורית לאיסוף ושימוש במידע פרטי במרשתת. לכללים ראו <https://gdpr.eu/tag/gdpr/>.

13. אנו בדעה כי גם ברשת יש מקום ל"מרחב פרטי" וכי אין זה נכון להספידו.⁸⁹ קיימת חשיבות רבה לעירור מודעות בקרב משתמשים על אודות פרטיותם, בשאיפה שיוכלו לאמץ דרכי התנהלות מודעות. אך לא ניתן לגלגל את האחריות כולה על המשתמשים. המשתמש ההדויט בדרך כלל חסר מידע על אודות היקף כריית המידע האישי ועיבודו בידי חברות ענק. ברגיל הוא גם אינו מצויד באמצעים להגן על פרטיותו במידה האופטימלית המתאימה לו. בדרך כלל אנו ניצבים בפני "מסך שחור" שאיננו יודעים מה מאחוריו. לא אחת אנו נדרשים להסכים לתנאי שימוש אחידים ועמומים מצד ספקי שירות מונופוליסטיים, הכוללים פגיעה בפרטיות, ואין לנו אפשרות של ממש לסרב. בעיות מידע וקיומם של מונופולים מצדיקים התערבות משמעותית ואפקטיבית מצד רשויות הרגולציה.⁹⁰

14. גם בתחום הגנת הפרטיות, אירופה היא חלוצה. תקנות ה-GDPR האירופאיות (General Data Protection Rules) שנכנסו לתוקפן במאי 2018, מעגנות הגנה רחבה ומוקפדת על זכותו של משתמש ברשת לפרטיות של המידע האישי, וזאת תוך הטלת מגבלות על כוחן של חברות לעשות שימוש במידע הפרטי. התקנות קובעות את הזכות לניוד של מידע אישי במטרה לעודד תחרות, להקטין את תלותם של נושאי המידע בפלטפורמה אחת ולמנוע את נעילתם בה.⁹¹ תקנות מפורטות וייעודיות כאלה – חסרות בישראל.⁹² נראה לנו כי ראוי לאמץ בישראל רגולציה מפורשת שמטרתה להחזיר ליחיד את השליטה על המידע הפרטי ולחייב את חברות הטכנולוגיה ליידע בבירור איזה סוג של מידע נאסף על ידיהן ולאיזה שימושים.⁹³ נוסף לכך,

89 ראו מיכאל בירנהק "פרטיות: תמונת מצב" משפט וחברה ב 9, 9 (2019): "למרות הלחצים, הביקורות וההספדים על הפרטיות, כל אחת מאתנו זקוקה למרחב פרטי וכל אחד צריך מקום שקט שבו אפשר לתהות, לנסות, לחשוב ולהתבטא, וגם לטעות, בלי מעקב ממשטר וממשמע. המרחב הפרטי אינו בהכרח פיזי. הוא יכול להיות גלישה נטולת מעקב ברשת, סביבה שיוצרת אינטימיות ביחסים עם אנשים אחרים, ביטחון בזולת ואמון במוסדות ובתאגידים, ללא צורך להצטדק ולהסביר את עצמנו. זהו מרחב שבו אנחנו יכולים להיות עצמנו, מרחב שבו האוטונומיה שלנו מתקיימת, מרחב שבו אנחנו — ולא אחרים — מקבלים החלטות לגבי עצמנו ומממשים בכך את כבוד האדם שלנו. זה המרחב שבו אנחנו מממשים את השליטה שלנו במידע על אודותינו. בהתאם, זו תפיסת הפרטיות כשליטה" (ההדגשה הוספה). בירנהק רואה בשליטה את ההצדקה העיונית להגנת הפרטיות, לרבות במרחב הטכנולוגי. ראו למשל מיכאל בירנהק "שליטה והסכמה: הבסיס העיוני של הזכות לפרטיות" משפט וממשל יא 9, 44–45 (2007). ראו גם בספרו מרחב פרטי: הזכות לפרטיות בין משפט לטכנולוגיה פרק ד: "הצדקות של פרטיות" (2010).

90 להרחבה ראו Michael Froomkin, *The Death of Privacy?*, 52 STAN. L. REV. 1461 (2000). המחבר מתייחס למה שהוא מכנה Privacy-Destroying Technologies במרחבים הציבוריים ובמרחבים הפרטיים, ומזמין לעצב מסלולים משפטיים משמעותיים ומגוונים להגנת הפרטיות, שיוכלו לתת מענה הולם לעוצמת הפגיעה הטכנולוגית.

91 למשל De Hert, Papakonstantinou, Malgiere, Laurent & Sanches, לעיל ה"ש 16, בעמ' 195–196.

92 הזכות לפרטיות מוכרת בישראל כזכות חוקתית בחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו, ומעוגנת בחוק הגנת הפרטיות, התשמ"א-1981. תקנות הגנת הפרטיות (אבטחת מידע), התשע"ז-2017, מטפלות באבטחת מידע, ואינן עוסקות בהגנה על המידע הפרטי ברשת.

93 וראו רחל ארידור הרשקוביץ ותהילה שוורץ אלטשולר "הצעת חוק הגנת הפרטיות, התשע"ט-2019 (המכון הישראלי לדמוקרטיה, 2019) <https://bit.ly/3hHMzSD>. המחברות מציעות לתקן את חוק הגנת הפרטיות במטרה ליצור "הלימה בין הזכות לפרטיות לבין פרקטיקות של איסוף,

במקרים מסוימים ראוי שלא להסתפק בקבלת הסכמה מצד משתמשים, אלא לאסור באופן קטגורי על שימושים פוגעניים, וזאת מתוך הבנה שבין הספק למשתמש נכרת חוזה אחיד, ולמשתמש אין כוח ממשי לסרב או לעצב את תנאי העסקה.

15. סיווג כגופים דו-מהותיים – מונופולים מסחריים גדולים, הצוברים עוצמה כלכלית רבה וזיקה לשלטון, מזמינים החלה של דיני המנהל הציבורי, לצד המשפט המסחרי ודיני התחרות. גופים כאלה עשויים להיחשב לגופים דו-מהותיים, משום שפעילותם אינה מתמצית בתחום המסחרי, אלא שהיא בעלת ממד ציבורי, בדומה לפעילות שלטונית. המשפט המנהלי מאפשר להטיל על גופים דו-מהותיים נורמות שבהן מחויב המנהל, כגון חובת השקיפות.⁹⁴ גודלן של מעצמות האינטרנט, היקף פעילותן והשפעתן הגורפת על רווחת הצרכן במכלול רב ורחב של היבטי חיים, מצדיק לדעתנו לראות בהן גופים דו-מהותיים. במסגרת זו נכון לתת משקל לכך שמעצמות האינטרנט עושות שימוש מובהק בנכסים השייכים לציבור – אלה הם הנתונים והמידע הפרטי שמקורו בציבור הגולשים. מעצמות האינטרנט, לכן, אינן פועלות רק במרחב הקניין העצמי, אלא שהם משתלטות על משאבים חיצוניים להן שמקורם בציבור. החלת המשפט המנהלי על מעצמות האינטרנט תאפשר להעביר את החלטותיהן תחת שבט הביקורת השיפוטית, ובמקרים מתאימים להחיל עליהן אמות מידה של שקיפות, סבירות ומידתיות.

16. בתוך כך, ראוי לשאוף ליצירת ממשל תאגידי שקוף המחייב מונופולים טכנולוגיים למנות דירקטורים מטעם הציבור, בדומה לחברות ציבוריות. דירקטורים מטעם הציבור יהיו שומרי-סף מפני התנהלות לא חוקית. נכון גם לגבש כללים של אתיקה עסקית אשר יהוו מודל להתנהגות עסקית ראויה. שמירתה תהווה נקודת זכות מפני אכיפה, ואילו הפרתה תוביל להגברת הסנקציה.

17. בתחום המיסוי והשקעות אימפקט – לאחרונה, רשות המסים הודיעה על מיסוי פעילותם של תאגידים זרים בישראל.⁹⁵ מוצע לבנות מדיניות מיסוי שהיא ייחודית למגזר

איגום ועיבוד של מידע אישי, שהכלכלה הדיגיטלית מבוססת עליהן" (שם, בעמ' 7). המחברות עומדות על חשיבות ההגנה המותאמת לעידן הטכנולוגי: "מדינות, וגם גופי ענק מסחריים, הפכו להיות "כורי מידע אישי". למעשה אפשר לומר – במונח השאול מן הדירקטיבה להגנת נתונים של האיחוד האירופי, שכולנו "נושאי מידע" (data subjects). ליבת הכלכלה הדיגיטלית והמודל העסקי של חברות ענק כגון גוגל, אמזון ופייסבוק היא צבירת עוד ועוד מידע אישי וניתוח שלו לצורך הפקת תובנות חדשות. יתר על כן, מיליוני עסקים קטנים ובינוניים אוגמים מידע אישי כל העת. ערכם של מאגרי ה מידע הפרטי אדיר – למן מידע על הרגלי גלישה ועד למידע על היסטוריה רפואית... איסוף המידע האישי האינטנסיבי והיתרונות הגלומים בטכנולוגיה מחייבים חשיבה מחודשת על דמותה של הזכות לפרטיות ועל ההסדרים הקיימים בחוק הגנת הפרטיות" (שם, בעמ' 8).

מוצע, בין השאר, להוסיף לחוק סעיף מטרה כדי להבהיר את מטרת ההגנה על הפרטיות (לרבות הגנה על יכולתו של אדם לשלוט במידע אישי שנאסף אודותיו בידי אחרים); וכן להוסיף עילות המהוות פגיעה בפרטיות: עילת הצפייה והעיון במידע אישי ועילת עיבוד מידע אישי בניגוד להוראות החוק.

94 לדיון רחב בגופים דו-מהותיים ראו אסף הראל גופים ונושאי משרה דו מהותיים (מהדורה שנייה, 2019).

95 ראו הודעה באתר רשות המסים: www.gov.il/he/Departments/news/sa-110416-3

הטכנולוגיה, מתוך דאגה לרווחת הצרכן והחברה בכלל. מיסוי הולם יאפשר להחזיר לחברה חלק מהכנסות העתק של ענקיות האינטרנט שמקורן במשתמשים. עוד במישור זה ומאותו נימוק, ראוי לחייב בחוק עשייה פילנתרופית והשקעות אימפקט (השקעות חברתיות) מצד ענקיות האינטרנט הפועלות בישראל.⁹⁶ זאת, למען החברה בכללותה, כגון: תמיכה בבתי חולים, במערכת החינוך, בתחבורה הציבורית, במוסדות להשכלה גבוהה, בפיתוח יישובים בפריפריה, בקידום אוכלוסיות מוחלשות, בשיקום עבריינים ועוד. חיוב בביצוע השקעות חברתיות בסכום או בשיעור מסוים מההכנסות מבוסס על הטענה שמעצמות הטכנולוגיה נשענות על ציבור המשתמשים ומפיקות תועלת ממידע פרטי ואסימטרי; לא פעם תוך החצנת שליליות הנובעת מהפגיעה בפרטיות ומהעלאת חסמי כניסה למתחרים. השקעות חברתיות הולמות עשויות להחזיר לחברה תמורה הולמת.

יא. סיכום תמציתי

בחודשים האחרונים חוינו את מגפת הקורונה הבינלאומית, אשר (בין השאר) הביאה למעבר חד של ההשכלה הגבוהה בכל העולם לשימוש בתוכנת Zoom לצורך הוראה מרחוק.⁹⁷ בד בבד, תוכנת Zoom אומצה במהירות גם בידי מערכת החינוך, המגזר העסקי והמגזר הציבורי. המילה "זום" כבר הפכה לפועל בלשון המלמד על יצירת מפגש סינכרוני, ובעיקר מלמד על הפריסה הרחבה של התוכנה, בדומה לפועל "גוגל" שמתייחס לפעולת החיפוש. האם אנו עדים ליצירתו של מונופול טכנולוגי חדש? האם זום תהפוך לחברת ענק או שבמהירה תירכש בידי אחת מחברות ה-Big Tech הקיימות?

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. 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. במאמר זה הראינו כי בסביבה הדיגיטלית המרושתת, ככל שמרכיב הנתונים, המידע והידע בארגון גדל, כך תהליך

96 התחום של השקעות חברתיות או השקעות אימפקט (Social Investments) הוא תחום חדש יחסית ההולך ומתפתח. עניינו בניסיון להצביע על התועלות הצפויות מהשקעות של גופים מסחריים ביעדים חברתיים כמו בריאות, חינוך ואיכות הסביבה. הטענה היא כי גופים מסחריים נשענים על הציבור בהשפעות החיצוניות השליליות שהם מייצרים, ולכן ראוי שיחזירו לקהילה תמורה בדרך של השקעות מיטיבות. הגופים המסחריים עצמם צפויים ליהנות מהמוניטין החיובי, והחברה בכללותה תצא נשכרת. לדיון כללי ראו יפעת ראובני "CDFIs בישראל: בדיקת היתכנות" (ג'וינט ישראל אלכא המכון למנהיגות וממשל) www.colman.ac.il/sites/default/files/CDFI.pdf.

97 ראו למשל פרסום בנושא סטטיסטיקות השימוש בזום (13.5.2020): www.businessofapps.com/data/zoom-statistics/.

המונופוליזציה 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 להיהפך 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 ההסוואה תחשוף את המראה המלא ותאפשר לאבחן את הפגיעה באינטרס הציבורי. האבחון צריך להיעשות באופן שוטף ודינמי. לאחריו ניתן יהיה לגבש מדיניות רגולטורית ראויה. מטבע הדברים, ניסיונות של רשויות לפקח על פרקטיקות פוגעניות מצד מעצמות האינטרנט מוגבלים לסל הכלים העומד לרשותן, בהתאם לתשתית משפטית נתונה. נראה לנו כי טיפול בתופעה רחבה ומערערת זו מחייב ליצור מרחב חדש של פתרונות יצירתיים, בתוך דיני התחרות אך גם מעבר אליהם.