

יוני 2021

לכבוד : רשות התחרות הכלכלית

לידי : עו"ד מיכל הלפרין, הממונה על התחרות

נייר עמדה בנושא :

קידום רגולציה לאסדרת פלטפורמות מקוונות

1

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

ד"ר יפעת נחמיאס

עו"ד ענבר גוטליב ריבקין

מרכז חת

לחקר התחרות והרגולציה

המסלול האקדמי המכללה למינהל



מרכז חת הינו מוקד אקדמי רב תחומי של המסלול האקדמי המכללה למינהל. המרכז נוסד ביוזמתם והודות לתרומתם של גב' רנה ופרופ' מאיר חת. תכליתו של מרכז חת היא פיתוח והעברת ידע בתחומי התחרות והרגולציה, על היבטיהם התיאורטיים והמעשיים. המרכז הוקם מתוך רצון לחקור ולהעמיק את ההבנה על אודות התחלופה וההפעלה של אמצעי התחרות והרגולציה בשווקים שונים בישראל. המטרה היא לחדד בעיות הטעונות פתרון, ולגבש המלצות לשיפור המדיניות הרגולטורית הראויה.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה

facebook.com/hethcenter 03-9634104 📞
colman.ac.il/heth_center 🌐 hethcenter@colman.ac.il

כללי

נייר עמדה שפרסמה רשות התחרות הכלכלית בנושא רגולציה לשירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים עולה בקנה אחד עם מהלך חקיקתי שנעשה לאחרונה באירופה על ידי הנציבות האירופאית (European Commission) לאסדרת השוק הדיגיטלי. באיחוד האירופי מקודמת בעת הזו חקיקה הנוגעת לשוק הדיגיטלי האחד (The Digital Single Market) במטרה לאפשר גישה מיטבית לעולם המקוון הן עבור אנשים פרטיים והן עבור עסקים. הצעת החקיקה האירופאית העוסקת בשוק הדיגיטלי מבקשת להבטיח פעילות כלכלית וחברתית חופשית של אנשים ותנועה חופשית של סחורה, שירותים והון. המטרה היא להבטיח שאנשים פרטיים ועסקים יוכלו לגשת בצורה חלקה ולעסוק בפעילויות מקוונות בתנאים של תחרות הוגנת, תוך הבטחת רמה גבוהה של הגנה על פרטיות נתונים צרכניים ואישיים, וזאת ללא קשר ללאום או למקום מגורים.¹

מנייר העמדה של רשות התחרות עולה כי בכוונתה לפעול במטרה לאמץ רגולציה בישראל הדומה לזו המוצעת באירופה. תשומת לב ניתנת לצורך לצמצם את פערי הכוח בין הפלטפורמות המקוונות לבין המשתמשים העסקיים. זאת, מתוך חשש שכמויות וטיב המידע שמחזיקות הפלטפורמות המקוונות יביא לניצול לרעה של כוח שוק, באופן בלתי הוגן, לפגיעה בצרכנים וברווחה החברתית.² בתוך כך, מתעורר חשש שפלטפורמות מקוונות תכפינה באופן חד צדדי על משתמשים עסקיים לנקוט בשיטות עסקיות החורגות מהתנהגות מסחרית טובה ובאופן המנוגד לעקרונות של תום לב והתנהגות הוגנת.³

3

החשיבות באימוץ רגולציה לפעילותן של פלטפורמות מקוונות נעוצה בכך שאלה הן פלטפורמות חיוניות אשר מהוות מפתח לסחר הדיגיטלי. נכון לשנת 2018, יותר ממיליון חברות באיחוד האירופי ביצעו מסחר באמצעות פלטפורמות מקוונות במטרה להגיע ללקוחותיהן. כ-60% מהצריכה הפרטית וכ-30% מהצריכה הציבורית של סחורות ושירותים הקשורים לכלכלת הדיגיטל הכוללת הועברו באותה שנה באמצעות מתווכים מקוונים. ביצוע הולך וגובר של עסקאות באמצעות פלטפורמות מקוונות, צבירה מסיבית של מידע רב ומגוון (Big Data) בידי החברות הטכנולוגיות, בשילוב עם השפעות רשת חזקות (network effects), מובילים לתלות הולכת וגוברת של עסקים בפלטפורמות; עד כי מקובל לטעון שחמשת הפלטפורמות המקוונות הגדולות כיום (גוגל, פייסבוק, אמזון, אפל ומיקרוסופט) הפכו ל"שומרי סף" (Gatekeepers) לעצם הכניסה לשווקים המקוונים, הן עבור העסקים והן עבור הצרכנים.

מאפייניה של הכלכלה הדיגיטלית דוחפים להיווצרותם של מונופולים גדולים: (א) אפקט הרשת מתעצם משום שמדובר בשוק דו-צדדי, שבו יש גם לספקים וגם לצרכנים תועלת ברשת גדולה; (ב)

¹ European Commission, *Shaping the Digital Single Market* <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/shaping-digital-single-market>; ראו גם נייר עמדה של רשות התחרות https://www.gov.il/he/departments/publications/Call_for_bids/onlineplatforms-draft, בעמ' 2.

² שם, בעמ' 4.
³ ראו- <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN> Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

המידע הרב על אודות צרכנים הנצבר אצל חברות הטכנולוגיה הגדולות אינו שקוף ואינו נגיש למתחרים פוטנציאליים; (ג) מודל המימון העיקרי של הפלטפורמות המקוונות הוא פרסום ייעודי, הניזון ממידע פרטי הנשאב על אודות לקוחות; (ד) מוצרים חשוכים המסופקים על ידי הפלטפורמות הגדולות מושכים עוד ועוד לקוחות, באופן המגביר את עוצמת התנועה במעגל: מוצרים חשוכים – עיבוד מידע פרטי – פרסום פרסונלי – כח שוק. לצד אלה, יש לציין אסטרטגיות כגון מיזוגים אינטנסיביים ופרקטיקות לדחיקת מתחרים הנצפות בשוק; אלה הובילו להיווצרות מספר מצומצם של חברות ענק רווחיות בעלות דומיננטיות בשוק בתחום פעילותן.⁴

כמובן, העוצמה של כח השוק משתנה בהתאם לטיב הפלטפורמה ואופיים של המשתמשים. עת מדובר בפלטפורמות שמקשרות בין עסקים לעסקים (B2B), המשתמשים העסקיים הם בדרך כלל חברות גדולות ומתחכמות המסוגלות במידה גבוהה יותר להבטיח איזון ביחסים החוזיים.⁵ אולם החששות העיקריים הצומחים במציאות זו הם ברורים: הפלטפורמות הגדולות עלולות לנקוט באסטרטגיות לדחיקת מתחרים ולנצל את כוחן לרעה, כגון בדרך של הטלת תנאי שימוש מקפחים על משתמשים, סירוב גישה לשוק, שינוי חד צדדי של תנאי הגישה לשוק; וקידום אסטרטגי של השירותים שלהן על חשבון מתחרים.⁶

רגולציה חדשה באירופה

באירופה אומצה אך לאחרונה, ביוני 2020, רגולציה שעוסקת בקידום הוגנות ושקיפות למשתמשים עסקיים בשירותי תיווך מקוונים (promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services). ביסוד הצורך באסדרה עומדת ההנחה שפלטפורמות מקוונות תורמות להצלחה מסחרית של משתמשים עסקיים. לצד הפעילות המסחרית הברוכה, קיימת חשיבות להבטיח תנאי סחר הוגנים, המבוססים בין השאר על שקיפות מידע.⁷ האסדרה נועדה לתרום לתפקוד תקין של השווקים הדיגיטליים, על ידי הקפדה שהשווקים יפעלו בצורה שקופה והוגנת, באופן שיאפשר לקדם חדשנות ואת איכות המוצרים והשירותים, להעניק מחירים תחרותיים ולאפשר למשתמשים בחירה חופשית.⁸ בתוך כך, על הפלטפורמות המקוונות להבטיח שהתנאים וההגבלות בחוזים שלהן: (א) ינוסחו בשפה פשוטה ומובנת; (ב) יהיו זמינים למשתמשים בקלות, טרם כריתת חוזה ההתקשרות; (ג) יקבעו את העילות להשעיית או הפסקת פעילות בחשבון

⁴ ראו: דפנה רבן ואיריס סורוקר "מונופוליאציה בצבעי הסוואה" מחקרי רגולציה ב 101 (2020). זמין ב: https://www.colman.ac.il/sites/default/files/images/2020/b_mono.pdf

⁵ European Commission, *Proposal for a Regulation Promoting Fairness and Transparency for Business Users of Online Intermediation Services* (26 April, 2018) <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/regulation-promoting-fairness-and-transparency-business-users-online-intermediation-services>

⁶ Néstor Duch-Brown, *The Competitive Landscape of Online Platforms* (Working Paper 2017-04) <https://ec.europa.eu/jrc/sites/jrcsh/files/jrc106299.pdf>

⁷ Regulation (eu) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>

⁸ ראו Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on Contestable and Fair Markets in the Digital Sector (Digital Markets Act),

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0842&from=en>, בעמ' 7. מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה להינהלה

(או כל מגבלה אחרת); (ד) יכללו מידע על ערוצי ההפצה נוספים דרכן ספקי שירותי תיווך מקוונים עשויים לשווק מוצרים ושירותים המוצעים על ידי משתמשים עסקיים; (ה) יכללו מידע בדבר התנאים וההגבלות על הבעלות והשליטה בזכויות קניין רוחני של משתמשים עסקיים. כמו כן, נדרש לפרט באילו תנאים רשאים המשתמשים לסיים את היחסים החוזיים, ואיזה מידע יישמר על המשתמש בתום יחסים אלו. על הפלטפורמות המקוונות גם לציין אם מידע על המשתמש עתיד להיות מועבר לצדדים שלישיים.⁹

תנאי הסף לתחולת הרגולציה החדשה הם נמוכים: כל פלטפורמה מקוונת אשר מקום מושבה באיחוד האירופי ואשר מאפשרת קיום עסקאות ישירות בין משתמשים עסקיים לצרכנים, מחויבת לפעול לפי התקנות החדשות. גם אם אותה פלטפורמה אינה ממוקמת באיחוד האירופי אך מציעה מוצרים ושירותים מקוונים לצרכנים שמקום מושבם באיחוד האירופי – היא תהיה מחויבת לפעול תחת הכללים החדשים.¹⁰

בד בבד, הוצעו באירופה שני חוקים חדשים: The Digital Markets Act ו-The Digital Services Act. שטרם נכנסו לתוקף. הם מלמדים על הלך הרוח הרגולטורי באיחוד האירופי וכן על הדרך המומלצת לאסדר את פעילותן של פלטפורמות מקוונות.

ה-The Digital Markets Act מתייחס לפלטפורמות ה-Gatekeepers, המשמשות למעשה כ"שער הכניסה" למרחב הדיגיטלי עבור ספקי השירותים והמוצרים. החוק המוצע מגדיר את הקריטריונים להגדרת פלטפורמות כ"שער כניסה למרחב המקוון" (Gatekeepers): שליטה באחד או יותר משירותי ליבה ברשת, כגון מנועי חיפוש, רשתות חברתיות, שירותי הודעות, מערכות הפעלה ושירותי תיווך; וכן בסיס לקוחות גדול ולאורך זמן במספר מדינות באיחוד האירופי. באופן ספציפי, פלטפורמות יוכפפו ל-DMA ככל שהן תקיימנה שלושה קריטריונים מצטברים: (1) שווי של 65 מיליארד אירו או מחזור שנתי של 6.5 מיליארד אירו; (2) תיווך בין 45 מיליון לקוחות אירופים בחודש ו-10,000 בתי עסק בשנה; (3) קיום שני הקריטריונים הראשונים במשך 3 שנים רצופות. משהוגדרה חברה כ"שער כניסה", החוק דורש ממנה לפעול באופן פרו-אקטיבי לקידום הוגנות, ולהימנע מהתנהגויות המוגדרות בחוק כבלתי הוגנות.

כך למשל, חברות שהוגדרו כ"שער כניסה" מחויבות לנקוט בצעדים הבאים: לאפשר לצדדים שלישיים לשתף פעולה עם השירותים אותן הן מציעות; לאפשר לספקים המפרסמים דרכם גישה לכל המידע הרלוונטי הנוגע לביצועי הפרסום שלהם; לאפשר לספקים המקבלים מהן שירותים גישה למידע הנוצר במסגרת פעילותם בפלטפורמה; וכן לערוך עסקאות עם לקוחותיהם גם מחוץ לפלטפורמה. נוסף על כך, נאסר עליהן למנוע ממשתמשיהן להסיר תוכנות או אפליקציות שהותקנו מטעמן (pre-installed). כמו כן, נאסר עליהן למנוע ממשתמשיהן שירותים שנרכשו מחוץ

⁹ Regulation (eu) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019 on promoting fairness and transparency for business users of online intermediation services, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>

¹⁰ ראו שם, בסעיף 1 "הגדרות"; ראו גם נייר עמדה של רשות התחרות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 6. מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

לפלטפורמות, או להשתמש במידע שצברו על משתמשיהן לצורך תחרות בספקי שירותים אחרים העושים שימוש באותן הפלטפורמות (ומהווים אף הם לקוחות של אותן הפלטפורמות). הקנס על הפרת הכללים עלול להגיע עד לסך של 10% מהמחזור המכירות השנתי העולמי של הפלטפורמה וכן תשלומי קנס תקופתיים בסך מירבי של 5% מהמחזור השנתי העולמי של הפלטפורמה. במקרה של הפרות חוזרות ונשנות, מוסמכת הנציבות האירופית לנקוט בצעדים נוספים, כגון כפיית שינויים במבנה העסקי של הפלטפורמה, או מכירת חלקים ממנה.¹¹

החוק המוצע נועד לאפשר למשתמשים עסקיים התלויים בפלטפורמות המקוונות להציע את שירותיהן ב"סביבה עסקית הוגנת" (fairer business environment). הפלטפורמות המקוונות לא יורשו להשתמש ב"פרקטיקות לא הוגנות" כלפי משתמשים עסקיים התלויים בהן כדי להשיג יתרון לא הוגן. כך למשל, יוטל איסור על הפלטפורמה לטפל בשירותים ובמוצרים המוצעים על ידה בצורה מועדפת בהשוואה לטיפול הניתן לשירותים או מוצרים דומים המוצעים על ידי צדדים שלישיים באמצעות הפלטפורמה. הכוונה היא למנוע אפשרות שהפלטפורמה תקדם או תדחוף מוצרים שלה, על חשבון מוצרים של צדדים שלישיים, תוך ניצול היתרון היחסי שיש לה כשומרת סף של הכניסה לאתר המקוון. נוסף על כך, ייאסר על הפלטפורמה למנוע מצרכנים להתחבר לעסקים מחוץ לפלטפורמה וכן לא ניתן יהיה למנוע מהמשתמשים לבטל התקנה של תוכנה או אפליקציה המותקנים מראש בפלטפורמה, אם הם רוצים בכך. המטרה היא לאפשר לעסקים חדשניים ולחברות הזנק הזדמנויות להתחרות מבלי לעמוד בתנאים מקשים המגבילים את יכולת התפתחותם. גם לצרכנים תהיינה אפשרויות בחירה ותנועה בין פלטפורמות, אפשרות להחליף בין ספקי שירותים שונים, ואפשרויות של גישה ישירה לשירותים שלא דרך הפלטפורמה. ההנחה היא שבדרך זו ניתן יהיה לבזר את כוחות השוק, לגוון את היצע השירותים, כמו גם להשיג מחירים הוגנים ותחרותיים.¹²

6

הצעת החוק השנייה שנקראת ה-Digital Services Act (DSA) נועדה לקבוע כללים שמטרתם הגנה טובה יותר על זכויות היסוד של המשתמשים, ובמרכזן חופש הביטוי. החוק עתיד לשפר את המנגנונים להסרת תוכן בלתי חוקי וכן לאפשר פיקוח ציבורי חזק יותר על פלטפורמות מקוונות, בפרט עבור פלטפורמות שמגיעות ליותר מ-10% מאוכלוסיית האיחוד האירופי. לפי חוק זה, ככל שמדובר בפלטפורמה מקוונת גדולה יותר כך חלות עליה חובות רבים יותר.¹³

לפי דברי ההסבר המופיעים באתר הנציבות האירופית, החוק נועד לקדם אחריותיות (Accountability) מצד ספקים כלפי צרכנים, ובכך להגן על זכויות היסוד של הצרכנים ולהוביל ליצירת שוק דיגיטלי הוגן ופתוח. החוק קובע כללים שיאפשרו עקיבות (Traceability) אחר זהות

¹¹ European Commission, *The Digital Markets Act: Ensuring Fair and Open Digital Markets* https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-markets-act-ensuring-fair-and-open-digital-markets_en

¹² שם.
¹³ European Commission, *The Digital Service Act: Ensuring a Safe and Accountable Online Environment* https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_en

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הספקים ברשת ובכך נלחם בתוכן לא חוקי ברשת, לרבות במסחר במוצרים ובשירותים. נוסף על כך, החוק נועד להגן על משתמשי הרשת מפני החלטות המתקבלות לגביהם באופן חד צדדי על ידי מנגנוני ניטור תוכן המופעלים בידי הפלטפורמות. במסגרת זו, החוק מרחיב את חובות השקיפות של הפלטפורמות, כולל ביחס לאלגוריתמים המקדמים המלצות מסחריות, ומעניק גישה שתאפשר לבחון את אופן פעולת הפלטפורמות ולזהות התפתחות של סיכונים. ראוי לשים לב שהחוק מייסד גוף חדש – המועצה האירופית לשירותים דיגיטליים (European Board for Digital Services). הגוף עתיד להיות מורכב מגורמים רמי דרג מכל אחת ממדינות האיחוד האירופי, ומטרתו לתמוך במדינות האיחוד האירופי בטיפול במורכבות המרחב המקוון ולסייע לנציבות האירופית בביקוח ואכיפה.¹⁴ הגוף החדש יהיה אחראי ליישום ואכיפה של החוק המוצע ובתוך כך על ביצוע חקירות, ניתוח התוצאות וביקורת על פלטפורמות מקוונות גדולות, והוצאת חוות דעת, המלצות או עצות.

שתי הצעות החוק החדשות הללו מיועדות, לפי דברי ההסבר של הנציבות, לקדם סביבת השוק הטכנולוגית-דיגיטלית באיחוד האירופי באופן הדרגתי ועד שנת 2030. מטרת האסדרה נסובה סביב ארבעה צירים מרכזיים, אשר מהווים את "המצפן הדיגיטלי" של הנציבות: פיתוח מיומנויות טכנולוגיות מידע ותקשורת (ICT – information communication and technology); הקמת תשתיות דיגיטליות מתקדמות ומאובטחות; עידוד עסקים לשימוש בטכנולוגיות מחשוב, מידע ותקשורת מתקדמות; והנגשת השירותים הציבוריים באופן דיגיטלי. התוכנית נועדה לשמר ולקדם את "זכויותיהם הדיגיטליות" של אזרחי האיחוד האירופי, ביניהן: הזכות לחופש הביטוי ולצדה אפשרות הגישה למידע מגוון, אמין ושקוף; הזכות להקים ולנהל עסק מקוון; הגנה על הפרטיות ועל המידע האישי; הגנה על חופש היצירה של הפרט במרחב המקוון. כל זאת, תוך התבססות על סביבה מקוונת נגישה, מאובטחת ומהימנה, המנוהלת בשקיפות ובצורה אתית, ותוך שמירה על איכות הסביבה.¹⁵ באמצעות שתי הצעות החוק הנ"ל, התוכנית מבקשת ליישם צעדים לקידום "שוק דיגיטלי-אירופי אחיד" (Digital Single market) ולאמץ מדיניות לעיצוב עתידה הדיגיטלי של אירופה (Shaping Europe's digital future).

7

ניתן לאפיין את האמצעים הרגולטוריים המוצעים באירופה לאסדרת הפלטפורמות האינטרנטיות באופן הבא, בדומה לאפיון המוצע על ידי רשות התחרות בנייר העמדה שפרסמה:

אמצעי רגולטורי אחד הוא הטלת איסור ישיר על שימוש בפרקטיקות בלתי הוגנות. מטרתן של ההוראות בגדר איסור זה היא ליצור תנאים מסחריים הוגנים שישפרו את כוח המיקוח של העסקים המשתמשים בפלטפורמה ויגדילו את הוודאות העסקית. בתוך כך ניתן למנות את החובה המוטלת

¹⁴ European Commission, *Digital Services Act – Questions and Answers* (15 December 2020) Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC (להלן: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/OANDA_20_2348#1); <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en> (Council on a Single Market for Digital Services).

¹⁵ European Commission, *Europe's Digital Decade: Digital Targets for 2030* (https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/europes-digital-decade-digital-targets-2030_en); https://ec.europa.eu/info/sites/info/files/communication-digital-compass-2030_en.pdf (להלן: "המלצות המלאה ראו").

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

על הפלטפורמה המקוונת ליידע מראש על שינוי בתנאי השימוש שלהן. כמו כן, איסור להחיל שינויים באופן רטרואקטיבי; מתן הודעה מראש על סיום או השעיית חשבון ופירוט את הסיבה לכך. כאשר פלטפורמה מחליטה להסיר או להשבית חשבון של משתמש, עליה ליידע מהן הסיבות להחלטתה ולאפשר לטעון כנגד החלטה, זאת לאור ההשלכות הרחבות שעלולות להיות להחלטה כזו. על החלטה כזו צריכה להינתן זכות פנייה לערכאות משפטיות. נוסף על כך, הפלטפורמות מחויבות להציג לפחות אחת לשנה דוח אשר יפרט את בקרת התוכן שערכו, ובתוך כך, איזה תוכן בלתי חוקי הוסר באותה שנה.¹⁶

אמצעי רגולטורי נוסף הוא הטלת חובות בנוגע לחשיפת מידע והחלת כללים של שקיפות. מטרתן של ההוראות הן צמצום פערי המידע והגדלת הודאות העסקית, שיפור היכולת לתכנן את הפעילות הכלכלית ושיפור התחרותיות בשוק. בתוך כך הוטלה חובה על הפלטפורמות המקוונות להציג בצורה ברורה וקלה להבנה את תנאי השימוש בפלטפורמה, לתאר את השירותים והמוצרים הנלווים במסגרת השימוש בפלטפורמה, להציג את המדדים לדירוג המשתמשים המשפיע על היכולת לאתרם, ליידע בדבר גישה של הפלטפורמה למידע פרטי ובדבר העברת מידע לצד שלישי.¹⁷ תיאור מנגנון הדירוג שמתבצע על ידי הפלטפורמות עשוי לסייע למשתמשים עסקיים לשפר את הצגת המוצרים והשירותים.¹⁸

אמצעי רגולטורי אחר הוא **מנגנון יישוב מחלוקות**. הרגולציה מציעה מנגנון יישוב מחלוקות מדורג (פנימי, גישור, בתי משפט). מנגנון זה הוא בעל שלוש דרגות וחל על הפלטפורמות כתלות בגודלן. ארגוני סחר או ארגונים ייצוגיים אחרים יכולים לנקוט בצעדים משפטיים כנגד כל פלטפורמה באשר היא.¹⁹ בהקשר זה, כלי ולונטרי שהנציבות האירופית מעוניינת לעודד הוא אימוץ ויישום של קודי התנהגות אתיים פנימיים בתאגיד, ליישום מיטבי של הרגולציה.²⁰

בהקשר זה מעניין לציין כי פייסבוק הקימה לאחרונה, במהלך ולונטרי, מועצת פיקוח חיצונית שתדון בתכנים בעייתיים המפורסמים בפלטפורמה. כך לדוגמה, בהחלטה מיום 5.5.2021 בחנה המועצה החלטה של פייסבוק לסגור לצמיתות את החשבון של דונאלד טרמפ, לשעבר נשיא ארצות הברית, מטעמים של הפרת כללי הקהילה של פייסבוק באמצעות האדרת אלימות. המועצה אישרה עקרונית את החלטת החברה, תוך שהצביעה על השיקולים הרלוונטיים שעל החברה לשקול בעת

¹⁶ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services (Digital Services Act) and amending Directive 2000/31/EC <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=en> (להלן: European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services), בעמ' 1, 7, 80, 64, 51, 28; נייר עמדה של רשות התחרות, לעיל ה"ש 1, בעמ' 7.

¹⁷ European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services, בעמ' 7-8; ראו גם לעיל ה"ש 16, בעמ' 34, 39.

¹⁸ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>, בעמ' 1, בעמ' 8.

¹⁹ Regulation (EU) 2019/1150 of the European Parliament and of the Council of 20 June 2019, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019R1150&from=EN>, בעמ' 3; ראו גם European Parliament and of the Council on a Single Market for Digital Services, לעיל ה"ש 16, בעמ' 28, 54. מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה לחינהל

שהיא נוקטת בצעד דרסטי של סגירת חשבון.²¹ המהלך הפנימי בו נקטה פייסבוק עולה בקנה אחד עם רגולציה עצמית, עשוי להגביר את השקיפות והאחריותיות של החברה ולהפחית החלטות שרירותיות מצד החברה. בד בבד, ראוי כמוכן לשמור על אפשרות של המשתמש לפנות לערכאות המשפט, אם נפגע כתוצאה מהחלטה.

אסטרטגיות של השתלטות

פרקטיקות מונופוליסטיות מצד פלטפורמות דיגיטליות שנצפו בעת הזו מלמדות כי החששות המניעות את הרגולציה האירופאית החדשה אינם תיאורטיים; אלא שמדובר באיום ממשי על זירת השוק החופשי. למשל:

באירופה: שלוש החלטות משמעותיות בעניינה של גוגל, שהוציאה הנציבות האירופית מלמדות על פרקטיקות מונופוליסטיות לדחיקת מתחרים. בהחלטה מיוני 2017 נמצא כי גוגל הפרה את חוקי התחרות של האיחוד האירופי, והוטל עליה קנס בסך 2,424,495,000 יורו.²² 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 שהוקלדו 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 המתחרים. עיצוב האלגוריתם באופן מניפולטיבי הוביל לכך ששירות השוואת המחירים של גוגל הופיע בתוצאות החיפוש במקומות הראשונים, בעוד שהמתחרים נדחקו למקומות רחוקים – שאליהם כידוע הגולשים ממעטים לגשת. החלטת הנציבות התבססה על קביעה שלפיה גוגל מחזיקה בנתח שוק מונופוליסטי בשוק מנועי החיפוש – מעל 90% – בכל אחת מ-31 המדינות הרלוונטיות החברות באיחוד האירופי. בשוק מנועי חיפוש אינטרנטיים קיימים חסמי כניסה גבוהים יחסית, וזאת על רקע אפקט הרשת.²³

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

²¹ Shira Ovadia, *The Limits of Factbook's 'Supreme Court'* THE NEW YORK TIMES (May 5, 2021) BBC, <https://www.nytimes.com/2021/05/05/technology/facebook-oversight-board-trump.html>; ²² *Factbook's Trump Ban Upheld by Oversight Board for Now* (May 5, 2021) <https://www.bbc.com/news/technology-56985583> ²³ להודעה לעיתונות מיום 27.6.2017 בדבר החלטת הנציבות האירופאית ראו http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_en.htm. רבן וסורוקר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 124.

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.²⁴

בהחלטה מיולי 2018, הודיעה הנציבות האירופית שמצאה הפרה של חוקי התחרות האירופאיים החל משנת 2011 ובמשך מספר שנים, וזאת בפרקטיקות אנטי-תחרותיות של גוגל הקשורות למערכת ההפעלה אנדרואיד.²⁵ 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.²⁶

א. **קשירה**: גוגל דרשה מיצרנים של הטלפונים מבוססי אנדרואיד להתקין שלוש אפליקציות שלה על מכשיר ההפעלה: Google chrome browser, Google search app, Google play store. רישיון השימוש שגוגל העניקה ליצרני הטלפונים במוצר הדגל שלה – מנוע החיפוש האינטרנטי – הותנה בהתקנה של שלוש האפליקציות הנ"ל כחבילה, ובדרישה להימנע מלהתקין כל אפליקציה מתחרה שאינה של גוגל.

ב. **תשלומים**: גוגל המריצה את יצרני הטלפונים החכמים מבוססי האנדרואיד להעניק לה בלעדיות באפליקציה של מנוע החיפוש, וזאת באמצעות תשלומים כספיים.

ג. **מניעת תחרות**: גוגל אסרה על יצרני הטלפונים מלהשתמש בגרסאות של אנדרואיד שהיא לא אישרה, וזאת כדי לוודא שרק האפליקציות שלה, ולא של מתחרים, יותקנו על מערכת ההפעלה.

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

החלטה נוספת של הנציבות האירופית ניתנה במרץ 2019, ובגינה גוגל נקנסה בסך של 1.49 מיליארד יורו.²⁷ הפעם עמדה על הפרק פרקטיקה שנמשכה כעשור (בין השנים 2006–2016) ועניינה בניסיון

²⁴ שם.

²⁵ ראו דיווח על ההחלטה (18.7.2018): <https://bit.ly/3d6On3J>.

²⁶ רבן וסורוקר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 124.

²⁷ ראו דיווח על ההחלטה (20.3.2019): <https://bit.ly/3fu3ea8>.

השתלטות על עולם הפרסום האינטרנטי. גוגל ביקשה לעשות זאת באמצעות 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 אווזת 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 זוחקות מתחרים המתקשים להתמודד בשוק הפרסומות בגלל פרקטיקות אלו.²⁸

בארצות-הברית: 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).²⁹

דו"ח חשוב של מרכז סטיגלר באוניברסיטת שיקאגו מיולי 2019³⁰ מתאר את הפלטפורמות הדיגיטליות הפועלות בסביבה כלכלית חדשה, ויוצרות הכרח לשינוי. הדו"ח עומד על כך שבשווקים האינטרנטיים, שירותים רבים מסופקים ללא כסף; התמורה היא תשומת-לבו של המשתמש המתורגמת על ידי חברות הענק לערך מסחרי. דיני האנטי-טרסט יודעים לבחון עסקאות מתומחרות, ואין להם מענה פשוט לעסקאות "ברטר", מה גם שהתמורות המוחלפות אינן תמיד גלויות. הדו"ח עומד על אפקט הרשת המאפשר לפלטפורמות להאדיר את כוחן, במיוחד בשווקים דו-צדדיים. מרכז סטיגלר שואל: באיזה כלי רגולטורי ראוי לנקוט על מנת להתמודד עם פרקטיקות אנטי-תחרותיות מצד המונופולים האינטרנטיים הגדולים? הדרך העיקרית המוצעת היא פסיקה, המאפשרת לבתי המשפט לפתח את הדין ממקרה למקרה, מתוך מטרה לתפוס "התנהגות שלילית" שפגיעתה בתחרות היא רבה.

²⁸ רבן וסורוקר, לעיל ה"ש 4, בעמ' 126.
²⁹ ראו בקישור <https://bit.ly/2USkkGL>.

³⁰ ראו דו"ח של מרכז סטיגלר באוניברסיטת שיקאגו מיולי 2019: George J. Stigler, *Stigler Committee on Digital Platforms: Final Report* (2019) <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.

המלצה חשובה היא לזנוח את הגישה הרווחת לפיה אין להתערב בשוק מחשש לעלויות שגיאיה; מוצע להמיר גישה ותיקה זו בהנחה שמחיר אי ההתערבות צפוי להיות גבוה ממחיר ההתערבות השגויה, וזאת משום שכח השוק של הפלטפורמות הדיגיטליות עשוי להימשך זמן רב. הדו"ח קורא לפתח מודלים כלכליים עדכניים שיסייעו לבתי המשפט להעריך את השפעתן התחרותית של עסקאות ברטר שלא עובר בהן כסף. בתוך כך מוצע להיעזר בכלכלה התנהגותית המאפשרת להעריך התנהגות של שחקנים בשוק. כן מומלץ להתערב בפרקטיקות של סירוב לסחור מצד מונופול, להפסיק להניח שקשר אנכי נהנה מיתרונות וכן להסכים להתערב בהחלטות של עיצוב המוצר, למרות בעיות המידע. הדו"ח מפרט שורת המלצות מעשיות הכוללות הקלה על נטלי הוכחה המוטלים על תובע, יצירת חזקה כנגד אישור מיזוגים שחברה דומיננטית היא צד להן, ביטול החזקה לטובת הסדרים אנכיים, פיתוח סעדים מבניים (כגון פירוק חברה) לאכיפת דיני התחרות, וזאת לצד סעדים מיוחדים כמו צווים לשיתוף במידע, שימוש בסטנדרטים טכנולוגיים פתוחים ואיסור אפליה. לצד אלה מוצע להקים בית משפט לתחרות שיתמחה בתביעות הגבליות.

דו"ח מיוחד של ועדת התחרות, המסחר והמנהל בקונגרס האמריקאי מאוקטובר 2020 הוקדש לחקירת השווקים הדיגיטליים.³¹ ארבע החברות שנבחנו הן גוגל, פייסבוק, אמזון ואפל. כל אחת היא מונופול בתחומה: גוגל בתחום החיפוש המקוון ושולטת בשוק הפרסום; פייסבוק היא מונופול בענף הרשתות החברתיות; אמזון שולטת בענף המסחר הקמעונאי, ואפל אוזנת בכח שוק משמעותי במערכות הפעלה של טלפונים סלולריים וטבלטים. נמצא שכל אחת פועלת מתוך אסטרטגיה מונופוליסטית לדחוק מתחרים: גוגל מנצלת לרעה את תוצאות החיפוש ומעדיפה תוצאות המקדמות את המוצרים שלה או פרסום שהוא מקור לרווחיה. גוגל כורתת הסכמי בלעדיות על מנת לדחוף את האפליקציות שלה ולדחוק אפליקציות מתחרות. פייסבוק מזהה יזמים צעירים ורוכשת אותם או נאבקת בהם כדי להעלימם; פייסבוק גם לא שומרת על פרטיות המשתמשים. אמזון פועלת באופן אינטנסיבי לרכוש גופים מתחרים. אפל מפלה אפליקציות מתחרות המבקשות להשתמש בחנות הווירטואלית שלה כדי לדחוף את האפליקציות שלה. הפלטפורמות מנצלות גישה למידע: גוגל עוקבת באופן שיטתי אחר דפוסי התנהגות של אפליקציות מתחרות כדי להתחרות בהן. פייסבוק מבצעת מעקבי מידע ברשת כדי לרכוש אפליקציות מתחרות. אמזון משתמשת במידע שמגיע אליה כפלטפורמה כדי לקדם את מוצריה שלה. זוהו פרקטיקות אנטי תחרותיות: למשל, גוגל חייבה את יצרניות הטלפונים החכמים מבוססי אנדרואיד להתקין את האפליקציות שלה. גוגל דרגה באופן קבוע את מוצריה מעל מוצרים של צדדים שלישיים. כל תאגידי הענק נוקטים במיזוגים אגרסיביים ומקדישים לכך סכומי עתק.

המלצה עיקרית בדו"ח הקונגרס היא לבצע הפרדה מבנית בין הפלטפורמה לבין פעילות תוכן, במטרה להקטין ניגודי עניינים. המטרה היא למנוע מצב שבו הפלטפורמה מתחרה בשחקנים

³¹ ראו Jerrold Nadler & David N. Cicilline, *Majority Staff Report and Recommendations. Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary* (2020) https://judiciary.house.gov/uploadedfiles/competition_in_digital_markets.pdf

התלויים בשירותים שלה כפלטפורמה. יתרון ההפרדה המבנית נעוץ בזה שהוא קל לתפעול בהשוואה לסנקציות התנהגותיות, המחייבות פיקוח שוטף. הדו"ח ממליץ גם על אימוץ כללים לאיסור אפליה מצד פלטפורמות; אימוץ פרוטוקולים פתוחים שיאפשרו למתחרים משיכת מידע ושימוש פתוח; מתן אפשרות למשתמשים למשוך את התוכן מחשבונותיהם כדי לבנות פרופיל בחשבון חלופי – ובדרך זו להקטין את בעיית הקהל השבוי; הצרת האפשרות לבצע רכישות של חברות יזמיות ומיזוגים אופקיים ואנכיים, וכן התערבות בחוזים חד צדדיים המוכתבים על ידי הפלטפורמות.³²

לאחרונה, הרשויות בארצות הברית הגישו שתי תביעות משמעותיות כנגד גוגל. משרד המשפטים האמריקאי, יחד עם שורת מדינות, הגישו תביעה בטענה למונופוליאזיה פסולה תוך הפרת חוק שרמן.³³ בבסיס התביעה עומדים הסכמי בלעדיות והסכמי קשירה שגוגל כרתה במטרה להנציח את מעמדו הדומיננטי של מנוע החיפוש שלה. בדצמבר 2020 הוגשה תביעה נוספת כנגד גוגל, על ידי 38 מדינות בארצות הברית, אף היא מבוססת על איסור המונופוליאזיה הקבוע בחוק שרמן.³⁴ לפי הנטען, גוגל אוחזת בנתח שוק משמעותי של 90% במנוע החיפוש האינטרנטי בארצות הברית. המודל העסקי שלה מבוסס על אספקת שירותי חיפוש בחינם, אולם בד בבד גוגל שואבת מידע רב על כל משתמש, ועושה בו שימוש מסחרי אינטנסיבי לצרכי פרסום.³⁵ רווחיה מפרסום הם אדירים ועמדו על 98 מיליארד דולר בשנת 2019 (!). התביעה מתייחסת לשלוש פרקטיקות אנטי-תחרותיות: (א) גוגל דואגת, באמצעות הסכמי בלעדיות, שמנוע החיפוש שלה יהווה את ברירת המחדל בכל מחשב ובעיקר בטלפוני חכמים שהשימוש בהם הולך וגובר. לשם כך, גוגל רכשה את אנדרואיד המשמשת מערכת הפעלה לטלפונים חכמים, נוסף על כך – גוגל משלמת לאפל סכומי עתק (בין 8 – 12 מיליארד) על מנת שזו תתקין בטלפונים שלה את מנוע החיפוש של גוגל בלבד. (ב) בתחום הפרסום, גוגל דורשת בלעדיות ממפרסמים, מפלה לרעה מי שמפרסם שלא באמצעותה, ואינה מספקת פלטפורמת פרסום ניטרלית. (ג) גוגל מונעת גלישה ישירה לאתרים באמצעים טכנולוגיים ו"מכריחה" את הגולשים לעבור דרך מנוע החיפוש שלה לצרכי חשיפה לפרסומות. נטען כי בדרכים

³² נזכיר גם דו"ח ממרס 2019 שחובר באנגליה על ידי פנל מומחים במטרה להתמודד עם עוצמתם הנוספת של התאגידים הטכנולוגיים. צוין שם כי לצד הכרה בערכה של הכלכלה הדיגיטלית, יש להכיר בנטייתה לייצר שווקים ריכוזיים. הוצע שלא לסמוך על הרעיון של "תחרות על השוק" כדי לפתור את הבעיה של "המנצח לוקח הכל". צוין שיש מקום להקל על העברת תכנים של משתמשים מפלטפורמה אחת לאחרת, לאמץ סטנדרטים פתוחים כדי לאפשר כניסת מתחרים, ולצמצם מיזוגים. המלצה עיקרית היא להקים רשות ייעודית לטיפול בשווקים הדיגיטליים, לצורך פיתוח קוד התנהגות, הבטחת נייחות של צרכנים, נגישות למידע ועדכון כללי המיזוגים. ראו: Unlocking Digital Competition – Report of the Digital Competition Expert Panel (March 2019) https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/785547/unlocking_digital_competition_furman_review_web.pdf

³³ ראו: Case 1: 20 cv 03010 U.S. of America and others v. Google LLC (filed Oct. 20th 2020); available at: <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1328941/download>. התביעה נדונה בבית המשפט העליון בארצות הברית ב-5 במאי 2021 https://www.supremecourt.gov/opinions/20pdf/18-956_d18f.pdf

³⁴ ראו: State of Colorado and others v. Google LLC, available at: <https://coag.gov/app/uploads/2020/12/Colorado-et-al-v.-Google-PUBLIC-REDACTED-Complaint.pdf>

³⁵ שם, בס' 5 לתביעה מצוטט מר אריק שמידט, מנכ"ל החברה בעת הרלבנטית, באומרו: "We know where you are. We know where you've been. We can more or less know what you have been thinking about"

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מלאכותיות אלה – טכנולוגיות וחוזיות, גוגל פועלת להנצחת המונופול שלה וחוסמת פיתוח יצירתי של חלופות לפרסום, לחיפוש, ולתקשורת ישירה בין צרכנים וספקים.³⁶

וכנגד פייסבוק: רשות הסחר הפדרלית הגישה תביעה שבבסיסה עומדות שתי רכישות משמעותיות שפייסבוק ביצעה: רכישת אינסטגרם ורכישת WhatsApp. בתביעה נטען כי מדובר ברכישות אסטרטגיות שנועדו לחסל מתחרים פוטנציאליים וכי האחזקה הנמשכת של פייסבוק בשתי חברות אלה מהווה מונופול יזיזיה פסולה. הסעד המבוקש הוא הפרדה מבנית, המפרקת בין פייסבוק לבין החברות הנרכשות.³⁷

הנה כי כן, נדמה כי ללא התערבות רגולטורית הולמת, מעצמות טכנולוגיות צפויות לנצל את יכולותיהן להעמקת המונופול יזיזיה. ניתן לפעול למיתון העוצמה המונופוליסטית של ענקיות הטכנולוגיה באמצעות דיני התחרות הכלכלית.

הפעלה של דיני התחרות הכלכלית

שווקים אינטרנטיים הם בעלי מאפיינים ייחודיים. התחרות 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 ויותר בנתונים אישיים על משתמשים שהן אוספות בשיטתיות כדי להניח חסמי כניסה אל השוק.³⁸

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

³⁶ נפנה בהקשר זה למחקר של Dina Srinivasan על אודות דרכיה של גוגל להשתלט על שוק הפרסום האינטרנטי. החוקרת מצביעה על כך שגוגל מנצלת את הגישה המיוחדת שיש לה, באמצעות מנוע החיפוש, למידע על גלישות של צרכנים באתרים, שאינו פומבי, כדי למשוך מפרסמים לפרסום באמצעותה, ובדרך זו לשלוט בשוק הפרסום. החוקרת מציעה להחיל על ענף הפרסום רגולציה של שווקים פיננסיים, הכוללת גישה פתוחה ושוויונית למידע. ראו: Dina Srinivasan, Why Google Dominates Advertising Markets: Competition Policy could lean on the Principles of Financial Market Regulation, 24 STAN. TECH. LAW REV. 55 (2020).

³⁷ ראו: FTC v. Facebook Inc., in the US District Court for the District of Columbia, available at: <https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/1910134fbcomplaint.pdf>

³⁸ 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

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

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 המתרס, שעה שהמשתמש אינו ער לעצם קיומה של פעילות הנעשית מאחורי חומות הארגון ועשויה להשליך על רווחתו (למשל משום שהיא מאפשרת אפליית מחירים).

רשות התחרות מצוידת בסמכויות חקירה אשר יש להפעילן במקרים מתאימים כדי לחשוף בפני הציבור פרקטיקות אנטי תחרותיות. 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 בין אם בשוק טכנולוגי, ניסיונות אסטרטגיים של מונופולים לדחוק מתחרים – הם לעולם פסולים.

גם הפרקטיקה בה חברות מספקות למשתמשים שירותים ללא תמורה כספית 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"³⁹. בדרך כלל, המשתמשים משלמים במידע האישי שלהם, ללא מודעות מלאה ומבלי לקבל תשלום.⁴⁰ שירותים מסופקים לכאורה בחינם, אך בה בעת נדלה ונאגר מידע פרטי לצרכים מסחריים, לרוב ללא הסכמה חופשית ומיודעת לגבי היקף השימוש ויעדיו. הציבור נוהה אחר חינמיות, אך אינו ער להגבת חסמי הכניסה אל השוק, בניגוד לרווחתו.⁴¹

³⁹ידוע 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/andlewis/status/24380177712?lang=he>

⁴⁰מיה מקגיניס, נשיאת הוועדה לתקציב פדרלי בארצות הברית, 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 תמורת 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".

⁴¹בהלכה אמריקאית מפורסמת משנות החמישים בעניין *United Shoe Machinery Corp.* דובר ביצרנית מכוונת 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, וחיוב את המונופול הפרסם מחירון נפרד לשירותים. קביעה זו התבססה על ההבנה שהשירות לא באמת ניתן "בחינם", אלא שהוא **מרכז רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל**

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

העובדה כי מדובר בחברות זרות מאתגרת את שאלת הסמכות. היש לרשות התחרות הישראלית סמכויות כלפי ענקיות הטכנולוגיה, שעה שמדינת הרישום או המושב שלהן איננה ישראל? חוק התחרות הכלכלית אינו מטפל בסוגיה זו במפורש.⁴² עם זאת, רשות התחרות הכלכלית לא נרתעה מהחלת הדין הישראלי כלפי חברה זרה, אם זו פעלה באופן המנוגד לחוק הישראלי והתנהגותה האנטי־תחרותית השפיעה על השוק בישראל.⁴³ לשם השוואה, בארצות הברית מקובל להשתמש לעניין הסמכות בדוקטרינת האפקט, המאפשרת להתבונן בהשלכות של הפעולה האנטי־תחרותית על השוק המקומי, וזאת אף אם הפעולה עצמה נעשתה מחוץ למדינה.⁴⁴ הוא הדין בנציבות האיחוד האירופי, המפעילה את דיני התחרות האירופאיים 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 האירופאיים יטופלו בידי הנציבות האירופית, אף אם ההתארגנות

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.

⁴²"חברה" מוגדרת בסי' 1 לחוק התחרות הכלכלית כ"חברה שנוסדה ונרשמה לפי פקודת החברות [נוסח חדש], התשמ"ג–1983, לרבות חברת חוץ שנרשמה כאמור, אגודה שיתופית רשומה כמשמעותה בפקודת האגודות השיתופיות עמותה כמשמעותה בחוק העמותות, התש"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, סי' 18 לחוק התחרות הכלכלית עוסק ב"מיזוג עם חברה העוסקת בחוץ לארץ", ללמדנו כי פעילות אקסטרטוריאלי אינה שוללת את תחולת החוק, אם יש לפעילות הנדונה השלכה על השוק המקומי.

⁴³ראו 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 ההשפעות; לפיכך יש להחיל את דיני התחרות הישראליים בתחולה אקסטרטוריאלי גם על הסדר כובל שנערך בין חברות זרות מחוץ לישראל, זאת באמצעות פרשנות חוק התחרות הכלכלית ועל רקע תכליתי: 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).

⁴⁴ פסק הדין המנחה בארצות הברית בעניין זה הוא United States v. Aluminum Company of America (Alcoa), 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).

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

הקרטיליסטית נערכה מחוץ לאיחוד.⁴⁵ בהחלטה אחרת, ממאי 2018, הנציבות האירופית בחנה התנהלות מונופוליסטית של חברת גזפרום, שמקום מושבה הוא רוסיה; על החברה הזרה הוטלה שורת מגבלות במטרה למנוע ממנה לבדל שווקים לאספקת גז בתחומי האיחוד. הנציבה לענייני תחרות ציינה בהחלטתה: "All companies doing business in Europe have to respect European rules on competition, no matter where they are from"⁴⁶.

לטעמנו, מבחן הסמכות הסטטוטורית של רשות התחרות צריך להיחתיך לפי שאלת ההשפעה שיש לפרקטיקה פלונית על הצרכן בישראל. רשות התחרות הכלכלית מחזיקה בסמכויות שמטרתן למנוע ממונופולים לפגוע ברווחת הצרכן בישראל, אף אם מקום מושבם הוא בחו"ל. כמובן, לצורך הפעלת הסמכות ראוי להתחשב בכך שהשוק הישראלי הוא קטן; לצד עצם הסמכות עומד לרשות שיקול הדעת שלא להתערב, אם החלטתה אינה צפויה להיות בעלת אפקט של ממש, ואולי אף לגרור הפסקת פעילות של חברה זרה בישראל.⁴⁷

הרחבה של מכשיר התובענות הייצוגיות

התובענות הייצוגיות הפכו זה מכבר למכשיר דיוני משמעותי לקידום המשפט בתחומי הגנת הצרכן והתחרות. פרט 4 לתוספת השנייה בחוק התובענות הייצוגיות, התשס"ו–2006 כולל "תביעה בעילה לפי חוק התחרות הכלכלית" כתביעה שניתן להגיש בקשר אליה בקשה לאישור תובענה ייצוגית. ניתן להצביע על הלכות שנפסקו בדיני תחרות במסגרת דיונית זו, כגון פסק הדין התקדימי של בית המשפט המחוזי מרכז בעניין **תנובה**, בסוגיות התמחור המונופוליסטי המופרז.⁴⁸ לפתחם של בתי המשפט בישראל מונחות בקשות לאישור תובענות ייצוגיות כנגד חברות דיגיטליות בינלאומיות המבוססות על דיני התחרות, כגון התביעה לאסור על הרשת לעשות שימוש בנתוני משתמשים שהיא שואבת ממאגרי WhatsApp;⁴⁹ התביעה שבה פייסבוק מתבקשת להפסיק לסחור במידע פרטי ואישי של חברים בה, הכוללים נתונים אישיים ומשפחתיים, נתוני עבודה, תמונות והרגלי צריכה;⁵⁰ וכן התביעה לאסור עליה לתייג תמונות.⁵¹

הגשת תביעה בישראל כנגד חברה זרה עשויה לעורר את **שאלת הסמכות הבינלאומית של בית המשפט הישראלי**. האם תובע פרטי זכאי לתבוע בישראל חברה זרה שמקום מושבה ועסקיה הרגילים הם מחוץ למדינה? האפשרות להמציא תובענה אזרחית מחוץ לתחום השיפוט של ישראל

⁴⁵Case 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

⁴⁶Case 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

⁴⁷אנו שותפות בעניין זה לדעה שהביעו המלומדים אריאל אזרחי ודויד גילה בספרם **דיני התחרות האירופאיים בראי דיני ההגבלים העיסקיים בישראל** פרק 14, ס' 14.5.8 (2019).
⁴⁸ת"צ (מרכז) 46010-07-11 **אופיר נאור נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ** (פורסם בנבו, 22.6.2020).

⁴⁹ת"צ (מרכז) 10588-01-18 **מיכל גור נ' פייסבוק** (פורסם בנבו 18.2.2021).

⁵⁰ת"צ (מרכז) 32237-06-18 **מתן אליהו גרינבלט נ' פייסבוק** (הוגש ביום, 14.6.2018).

⁵¹ת"צ (מרכז) 32672-02-17 **אברהם ברק נ' פייסבוק** (פורסם בנבו, 25.5.2020).

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

מוסדרת בתקנה 500 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. על מנת להקנות לבית המשפט בישראל סמכות שיפוט בינלאומית, על התובענה ליפול לאחת מחלופות התקנה. ענין זה אינו מובן מאליו שעה שהנתבעות הן חברות זרות. בעניין "קרטל המסכים", בית המשפט העליון לא התיר המצאה לחו"ל של בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד יצרניות זרות של פנלים למסכי מחשב. בבסיס הבקשה עמד קרטל בינלאומי בין היצרניות הזרות שלפי הנטען השפיע על המחיר בישראל. בית המשפט פסק כי תקנה 500, כנוסחה בעת הרלוונטית, אינה מאפשרת המצאה לנתבע זר, אם המעשה או המחדל שבהם מדובר לא התרחשו בישראל. כב' הנשיאה חיות העירה שמצב משפטי זה אינו משביע רצון, בהינתן שהמעשה גרם נזק לצרכן הישראלי.⁵²

בתיקון לתקנות סדר הדין האזרחי משנת 2018 הוספה תקנה 500(א7) בגדרה עוגנה חלופת הנזק ברשימת המקרים שבהם ניתן להמציא תובענה לחו"ל: "התובענה מבוססת על נזק שנגרם לתובע בישראל ממוצר, משירות או מהתנהגות של הנתבע, ובלבד שהנתבע יכול היה לצפות שהנזק ייגרם בישראל וכן שהנתבע, או אדם קשור לו, עוסק בסחר בין-לאומי או במתן שירותים בין-לאומיים בהיקף משמעותי".⁵³ הרציונל 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(א7) שתכלול את האפשרות להגיש בישראל תביעה בגין נזק שארע בתחום המדינה גם כאשר המעשה או המחדל שגרמו לו, נעשו מחוצה לה. יש ליצור מסלול שיאפשר לתובע שנפגע מהתנהגות חברה בינלאומית, שירותיה או מוצריה להגיש תביעה בישראל".⁵⁴

לצד סמכות השיפוט הבינלאומית, עשויה להתעורר שאלת הפרורם הנאות לדון בתובענה. חברות זרות הנתבעות בישראל עשויות לטעון כי אף אם בית המשפט בישראל קנה סמכות, הרי שהפרורם

⁵² רע"א 925/17 הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת נ' AU Optronic Corp. (פורסם בנבו, 6.3.2016). כב' הנשיאה א' חיות ציינה (בס' 6 להחלטה): "מצב שבו הצרכן הישראלי לא יוכל להיפגע מגופים שחברו, לכאורה, לקרטל בינלאומי שבעטיו נגרם לו נזק הוא מצב בלתי רצוי, ומבחינה זו ספק אם התקנה בנוסחה הנוכחית הולמת את מגמות הגלובליזציה וההתפתחויות הטכנולוגיות בעולמנו ... בדין האנגלי ממנו שאובה הוראת תקנה 500(7) במקור, שונה זה מכבר נוסח התקנה באופן המקיים עילה להמציא כתבי בי-דין מחוץ לתחום המדינה גם במקרים שבהם הנזק בלבד קרה בתחומי המדינה וללא קשר לשאלה היכן ארע המעשה או המחדל שגרמו לו ... עוד ראיתי לציין כי בטיטוט תקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ה-2014, ניתנה הדעת לסוגיה זו והוצע לתקן את נוסח התקנה כך שתקום עילת המצאה אל מחוץ לתחום המדינה במקרים שבהם "מבוקש סעד לגבי מעשה, מחדל או נזק שניתן היה לצפותו מראש, שנעשה, עומד להיעשות או צריך היה להיעשות בתחום המדינה" ... מכל מקום, תקנה 500(7) כנוסחה היום שוללת אפשרות למתן היתר המצאה אל מחוץ לתחום המדינה אם לא נעשה מעשה או מחדל בישראל, ומשכך דין הבקשה להידחות". מצב חוקי בלתי משביע רצון זה תוקן בהוספת חלופת הנזק בתקנה 500(א7) לתקסד"א.
⁵³ ראו תקנות סדר הדין האזרחי (תיקון מס' 2) התשע"ט-2018, ק"ת 1483 (11.12.2018). תקנה זו אומצה במסגרת התקנות החדשות: ראו תקנה 166(5) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשע"ט-2018.
⁵⁴ בעניין תקי 500(א7) ראו גם: ת"א (מחוזי ת"א) 3661-03-18 עזרון 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).

הישראלי איננו הפורום השיפוטי הנאות להכריע בסכסוך. דוקטרינת הפורום הלא-נאות מסורה לשיקול דעתו של בית המשפט ומאפשרת לו להפנות את המתדיינים לפורום זר שהוא "טבעי" יותר להתדיינות.⁵⁵ המבחנים שמקובל להפעיל לעניין זה הם: מירב הזיקות, הציפיה הסבירה של הצדדים, והאינטרס הציבורי.⁵⁶ בעניין **בן חמו נ' Facebook Inc** סבר בית המשפט המחוזי-מרכז כי על אף הזיקות של הסכסוך למדינת קליפורניה, קיימות די והותר זיקות המצדיקות התדיינות בישראל.⁵⁷ בעניין **ארבל נ' TUI AG ואח'** ציין בית המשפט העליון, בהתייחס לציפיות הסבירות של הצדדים: "ככל שהיקף הסחר בין גופים בינלאומיים לבין עצמם ובנים לבין פרטים במדינות שונות גדל, הציפיה הסבירה של אותם גופים היא כי הם עלולים להיתבע באחת מן המדינות בהן הם פועלים. גוף מסחרי אשר פועל מול גורמים שונים בעולם לוקח במסגרת שיקולי הכדאיות הכלכליים לפעילותו במדינה פלונית את הסיכון כי ייתבע בה לדין".⁵⁸ מאותו נימוק, בית המשפט המחוזי-מרכז דחה בקשה לבטל היתר המצאה לחו"ל לחברה זרה, שהייתה צד לקרטל בינלאומי לתיאום מחירים של כונני תקליטורים, וראה בה "בעל דין דרוש" לפי תקנה 500(10) לתקנות סדר הדין. בלשון בית המשפט: "חברה בינלאומית הפועלת במדינות שונות לוקחת את הסיכון כי תיתבע במדינות בהן היא פועלת".⁵⁹

בירור תובענה ייצוגית בישראל עלול להיתקל במכשול דיוני נוסף, שעה שחברות זרות כוללות בהסכמי ההצטרפות או בתקנוניהן **תניות חוזיות שנועדו להגביל את פורום השיפוט או את ברירת הדין**.⁶⁰ מקובל כי עצם קיומה של תניית שיפוט זר אינה שוללת על הסף את סמכותו של בית המשפט בישראל. עם זאת, בתי המשפט נוהגים לכבד הסכמים בהם נקבעת תניית שיפוט, ובלבד שאין מדובר בחוזה אחיד שתנאיו מוכתבים חד-צדדית והוא פוגע בזכות הגישה לערכאות.⁶¹ בהחלטה מנחה של בית המשפט העליון, בבקשה לאישור תובענה ייצוגית נגד פייסבוק-אירלנד, נפסק שהתובענה תתברר בישראל, למרות שבהסכם ההצטרפות נכתב שתביעות כנגד החברה תוגשנה רק במדינת קליפורניה בארצות-הברית.⁶² כב' הנשיאה חיות ציינה כי "למרבית המשתמשים בפייסבוק אין את

⁵⁵ ראו למשל: ע"א 300/84 **אימן עלי אבו עטיה נ' יוסוף ערבטיסי**, פ"ד לט (1) 365, 385 (1985).
⁵⁶ למשל: רע"א 1785/15 **ALISON TRANSPORT INC נ' COSCO CONTAINER LINES CO LTD** פס" 12 (פורסם בנבו, 15.7.2015); ע"א 7841/09 **הקרן הפלסטינית לפיצוי נפגעי תאונות דרכים נ' פלוגי** 20 (פורסם בנבו, 28.10.2015).

⁵⁷ ת"צ (מרכז) 46065-09-14 **אוהד יחיאל בן חמו נ' Facebook Inc** (פורסם בנבו, 10.6.2016): "אכן, קיימות זיקות גם לפורום הזר. כך למשל, המשיבות הן חברות זרות שמאוגדות בארה"ב ובאירלנד; מקום מושבה של פייסבוק ארה"ב הוא במדינת קליפורניה; מסמכי האתר כתובים בשפה האנגלית; והפעולות הנטענות המיוחסות למשיבות, נעשו לכאורה על גבי שרתים שמצויים מחוץ לישראל. ואולם קיימות זיקות משמעותיות אחרות לפורום הישראלי: פייסבוק מפעילה ממשק בשפה העברית הפונה לקהל הישראלי; לפייסבוק מיליוני משתמשים ישראליים; מסמכי האתר שאותם נדרשים המשתמשים לאשר מתורגמים גם לשפה העברית; פייסבוק מאפשרת פרסום בעברית; עילות התביעה מתייחסות למשתמשים הישראליים של פייסבוק; ההודעות הפרטיות נשלחו על ידי משתמשים מישראל; וכפי שנאמר ועוד יובהר, הדין שיחול על התובענה הוא הדין הישראלי... עדי פייסבוק מצויים מחוץ ישראל ואילו עדי המבקש מצויים בישראל, כך שהקושי בהבאתם לדיון זהה ביחס לשני הפורומים..." (פס" 30 לפסק דינה של כב' השי"א שטמר).
⁵⁸ רע"א 2737/08 **אורי ארבל נ' TUI AG ואח'** (פורסם בנבו, 29.1.2009), פס" 19 לפסק דינו של כב' השי"א דנציגר.
⁵⁹ ת"צ (מרכז) 23139-05-16 **לנואל נ' Royal Philips Electronics N.V.** (פורסם בנבו, 2.5.2019). ערעור על ההחלטה תלוי ועומד בבית המשפט העליון ראו רע"א 1152/20.

⁶⁰ פורום השיפוט וברירת הדין הן שתי שאלות נפרדות, אך שלובות זו בזו. לדיון רחב ראו מיכאל קרייני **השפעת הליך ברירת הדין על סמכות השיפוט הבינלאומית** (תשס"ב) <https://www-nevo-co.il>.
⁶¹ ראו למשל: רע"א 102/88 **מעדני אווז הכסף בע"מ נ' CENT OR S.A.R.L.**, פ"ד מב(3) 201 (1988); רע"א 6574/12 **סאמיט פאנד ניהול השקעות בע"מ נ' אלינור בן יעקב** (פורסם בנבו, 7.3.2013).
⁶² רע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' אוהד בן חמו** (פורסם בנבו, 31.5.2018).

האמצעים ואת הידע לנהל התדיינות משפטית בקליפורניה, ומכאן שהעדפת האינטרסים של פייסבוק-אירלנד בהקשר זה יוצרת מצב בלתי מאוזן.⁶³ בית המשפט עמד על כך ש"לא ניתן להתעלם בהקשר זה מפערי הכוחות העצומים בין פייסבוק אירלנד והמשתמשים הישראליים בפייסבוק. פייסבוק-אירלנד היא חברת ענק זרה הפועלת במספר רב של מדינות בעולם, ועובדה זו מקשה על משתמשים ישראלים בפייסבוק לתבוע אותה. לפייסבוק-אירלנד אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי, ומסיבה זו עמדת המיקוח של הצרכן הישראלי אל מול פייסבוק-אירלנד היא גרועה במיוחד. מאפיינים אלה של ההתקשרות בין פייסבוק-אירלנד והמשתמשים הישראליים בפייסבוק מצדיקים קיומו של פיקוח הדוק על פעילותה והחלת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה. הדברים מקבלים משנה תוקף לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות".⁶⁴

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

20

בעניין **בן-חמו**, בית המשפט העליון לא מצא פסול בתניה בהסכם ההצטרפות הקובעת שהדין שיחול על התביעה הוא הדין במדינת קליפורניה.⁶⁵ המשמעות של החלת הדין הזר היא, שהתובע הישראלי יצטרך להוכיחו בישראל ולשם כך יהא עליו להגיש חוות דעת מומחה. מהלך זה מייקר, כמובן, את עלויות התביעה ועלול להוות חסם בפני הגשתה. לדעתנו, אין לשלול החלת הדין בישראל על תביעות כגון דא, בין בדרך של פרשנות צרכנית של תניות ברירת הדין לטובת המשתמש, ובין באמצעות החלת דיני הקיפוח בחוזים אחידים. גישה שיפוטית כזו אומצה לאחרונה על ידי בית המשפט המחוזי-מרכז, שפסק כי שתי תובענות ייצוגיות שהוגשו נגד גוגל תתבררנה לפי הדין בישראל. בית המשפט מצא שתניות ברירת הדין בהסכמי השימוש נוסחו בצורה מעורפלת שלא היה בה כדי להבהיר למשתמש שהדין החל איננו דין מדינתו.⁶⁶

תובענות ייצוגיות שנושאן הוא פעילות בינלאומית צפויות להיתקל גם בשאלת **תחולתו האקסטרטוריאלית של החוק הישראלי**. האם חוק התחרות הכלכלית חל על חברות זרות הפועלות מחוץ לישראל? מקובל, בהתאם לעקרון הריבונות, שהמדינה אינה מחילה את חוקיה אלא

⁶³ שם, בפס' 35 לפסק הדין.

⁶⁴ שם, בפס' 37 לפסק הדין.

⁶⁵ שם, בפס' 43 לפסק הדין.

⁶⁶ ת"צ (מרכז) 52768-07-15 **זרון אשל נ' Google Inc.** (פורסם בנבו, 22.10.2020). ראו בפס' 34 להחלטת כב' השי' א' שטמר: "תניית ברירת דין צריכה להיות ברורה, כך שהמתקשר יבין כי לא יוכל להתדיין לפי דיני מדינתו. ודאי כך כשמדובר בחוזה אחיד".

על מעשים ומחדלים שנעשו בשטחה.⁶⁷ כידוע, תביעה אזרחית לפי חוק התחרות הכלכלית מבוססת על אדנים נזיקיים: סעיף 50 לחוק התחרות הכלכלית קובע, כי דין מעשה או מחדל שנעשו בניגוד להוראות החוק ייראו כעוולה נזיקית. לפיכך, יש להחיל את סעיף 3 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש] המורה כי הוראות הפקודה יחולו על עוולה שנעשתה בישראל.⁶⁸ לכן, שעה שניתן לייחס לנתבע הזר מעשה או מחדל שנעשה בישראל, הרי שהחוק הישראלי יחול.

אולם, לעיתים מדובר בפעולות שנעשו מחוץ לישראל, במיוחד שעה שמדובר בחברות זרות. במקרה כזה, מתחדדת השאלה של ברירת הדין. מקובלת בעניין היא "דוקטרינת ההשפעות", המתנה את תחולתו של חוק התחרות הכלכלית הישראלי בכך שהמעשה הנבחן הוא בעל השפעה משמעותית על התחרות בישראל. ואולם גדרה של דוקטרינה זו טרם הוכרעו.⁶⁹ בעניין ר.ל.פ.י חקלאות בע"מ, המבקשת ביקשה לאשר תובענה ייצוגית כנגד קבוצת חברות זרות, בטענה שהיו צד לקרטל בינלאומי לתיאום מחירי משאיות ולהסדרים כובלים נוספים באופן שגרם לעליית מחיר המשאיות בישראל.⁷⁰ בית המשפט דחה את הבקשה לאישור התובענה הייצוגית, בנימוק לפיו אין תחולה לחוק התחרות הכלכלית הישראלי. נפסק כי לצורך החלת חוק התחרות הכלכלית, על התובע הייצוגי להוכיח "השפעה מהותית, ישירה ומכוונת של ההסדר הכובל על הפגיעה בתחרות בישראל". באותו ענין, בית המשפט סבר כי המבקשות לא עמדו ברף ההוכחה הנדרש: לא רק שההסדר הכובל לא נעשה בישראל, אלא שלא הונחה תשתית ראייתית להוכיח שהחברות הזרות ניסו להשפיע על השוק או על צרכנים בישראל.⁷¹

21

גישה מרחיבה יותר מבוטאת בהחלטה של בית המשפט המחוזי-מרכז בתובענה ייצוגית שעסקה בקרטל בינלאומי לתיאום מכרזים, מחירים וחלוקת שוק בנוגע לשימוש בנמלי-ים בעולם.⁷² נפסק כי חוק התחרות הכלכלית יחול גם על אירועים בעלי אופי בינלאומי שיש בהם כדי להשפיע באופן משמעותי על התחרות בישראל:

"לעת הזו יש הסכמה רחבה ביחס לתחולה חוץ טריטוריאלית של דיני התחרות על בסיס דוקטרינת ההשפעות ושהיא מהווה חלק אינטגרלי מהמשפט הבינלאומי המנהגי. בכל המדינות בהן הוכרה הדוקטרינה, נדרשת השפעה שלילית על התחרות במדינה האוכפת, וההשפעה צריכה

⁶⁷ ראו למשל: בג"ץ 279/51 אמסטרדם נ' שר האוצר, פ"ד ו 945 (1952). תומך במסקנה זו גם עקרון האפקטיביות, המבקש להתחשב בכוחה של המדינה לאכוף בפועל את ריבונותה.

⁶⁸ ראו בעניין זה פסק דינו של בית המשפט העליון בדנ"א 4655/09 סקאלר נ' יובינר, פ"ד סה(1) 735 (2011).

⁶⁹ דוקטרינת ההשפעות הוחלה לראשונה בהחלטת הממונה בעניין גיימס ריצ'רדסון בנושא שוק הבשמים, קביעה לפי סעיף 43(א) לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988.

⁷⁰ ת"צ (מחוזי מרכז) 31367-09-16 ר.ל.פ.י חקלאות בע"מ נ' Man Truck and Bus AG ואח' (פורסם בנבו, 8.9.2019).

⁷¹ ערעור על ההחלטה תלוי ועומד בבית המשפט העליון (רע"א 6646/19). ההחלטה זכתה להערה מסייגת בת"צ 65546-02-18 (מרכז) הצלחה התנועה הצרכנית לקידום חברה כלכלית הוגנת ואח' נ' UBS AG ואח', שם נבחנה בקשה לאישור תובענה ייצוגית כנגד חמישה בנקים זרים שלפי הנתען חברו יחד לביצוע "מניפולצית הליבור". הבקשה סולקה על הסף בנימוק של העדר יריבות. בהערת אגב, בית המשפט ציין כי ראוי ככלל להחיל את דוקטרינת ההשפעות ביד רחבה, וזאת מתוך האינטרס ליתן מענה לצרכנים ישראלים שנפגע מפעילותו של גוף זר.

⁷² ת"צ (מרכז) 4715-10-17 בזה ואח' נ' צים שירותי ספנות משולבים בע"מ (פורסם בנבו, 1.9.2020).

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

להיות משמעותית. [...] מקום בו קיימת התנגשות בין הדין הישראלי לכללי המשפט הבינלאומי יפורש החוק הישראלי באופן המתיישב עם האחרון, כל עוד אין בחוק הוראה מפורשת שמנוגדת לפירוש כאמור [...] חוק התחרות אינו כולל הוראה המתנגשת בתחולה חוץ טריטוריאלית של הוראותיו למעט בנוגע למיזוגים.⁷³

במסגרת תובענות ייצוגיות שהוגשו בארץ עלו הנושאים של סגירת חשבונות באופן חד צדדי על ידי הפלטפורמה, הפניה לדין זר (קליפורניה) וכן לערכאת שיפוט זרה (בית משפט בקליפורניה; המקרים של פייסבוק). ראו לעניין זה ת"א (תל אביב-יפו) 38104-05-18 פרו' אמיר חצרוני נ' פייסבוק אירלנד (Facebook Ireland Limited) (פורסם בנבו, 11.1.2021) ועניין ת"צ (מרכז) 32672-02-17 אברהם ברק נ' facebook inc (פורסם בנבו, 25.5.2020) שטרם הוכרע.

תובענות ייצוגיות נתקלות במכשולים לא מבוטלים כבר בשער הכניסה לבית המשפט. אנו בדעה כי בכל הקשור למעצמות הטכנולוגיה, יש למתן את חסמי הכניסה הדיוניים. ראוי לראות בתובע הייצוגי סוכן חברתי המקדם את פיתוח המשפט בישראל. תובענות ייצוגיות הן מכשיר חשוב לאיתור פגיעות צרכניות והגבליות ולקידום פתרונות מאוזנים, ממקרה למקרה. תובענה ייצוגית שאינה ראויה למתן סעד, תידחה לגופה; ואולם בהעדר סיבות חריגות – ראוי לה שתישמע. ראוי לזכור שהתובע הציבורי ערני לפגיעות צרכניות הנחוות בשטח, והוא מומרך להגיש תביעה אזרחית שעשויה להניב לו הישגים. לעומת זאת, האכיפה השלטונית סובלת מסרבול יחסי, משום שהיא כרוכה בתעדוף משימות, בהקצאת משאבים וכוח אדם. במישור הצפיות של הצדדים, אין צורך לומר כי האזרח בישראל מצפה להגנת הדין של מדינתו בה הוא חי. ואילו חברות בינלאומיות אינן רשאיות להניח שישראל היא מדבר ללא חוק. ישראל היא חלק מהקהילה העולמית המאופיינת במסחר בינלאומי ובתנועה ערה של אנשים, סחורות ושירותים, ומוצרי תרבות. פעילותן של חברות טכנולוגיה זרות בעולם היא חלק מהמהלך הגלובלי והיא מורגשת היטב בישראל; די אם נתבונן בפעילות יומית שגרתית של אזרח מהשורה הכוללת למצער אחד מאלה: חיפוש אינטרנטי (גוגל), שימוש באפליקציות (אפל), מסחר מקוון (אמזון), וגלישה ברשתות חברתיות (פייסבוק).⁷⁴ אנו קוראות אם כן לחיזוק האכיפה הפרטית בישראל, בדרך של הקלה באישור הבקשות לתובענות ייצוגיות.

אסדרה חקיקתית

בדומה לעולם הגלובלי, גם בישראל הפלטפורמות המקוונות הולכות וצוברות מעמד של זירת שוק עיקרית, במיוחד בעת ובעקבות משבר הקורונה. אלה הן פלטפורמות הקולטות ושולטות במידע רב הנשאב מהמשתמשים, עושות בו שימוש להגברת היתרון המסחרי, ועלולות לנצל את כח השוק

⁷³ בס' 88–89 להחלטה. ההחלטה עוסקת בהליכי גלמ"ס והובהר בה כי בשלב דיוני מקדמי זה יש מקום לתחולה לכאורה של החוק הישראלי.

⁷⁴ לסקירה רחבה של דוקטרינת ההשפעות בארץ ובעולם ראו: תמר אינדיג ומיכל גל "דוקטרינת ההשפעות כבסיס לתחולה חוץ-טריטוריאלית של החוק הישראלי" (2020), זמין ב: <https://law.haifa.ac.il/images/Docs/doctrine.pdf>

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

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

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

פייסבוק: <https://www.facebook.com/hethcenter>

לרעת המשתמשים. הגישה שלהן למידע ויתרון הטכנולוגי מקנה לפלטפורמות הדיגיטליות כוח רב המזמין פעולות לריסון הכוח. לאור מרכזיותן של הפלטפורמות המקוונות בחיי היומיום של המשתמשים, יש לדעתנו מקום לאסדרה חקיקתית אשר תתייחס להיבטים שונים של הפעילות.

אנו בדעה כי אסדרה חקיקתית בתחום הפלטפורמות המקוונות היא ראויה. אמנם, בדין הקיים ישנם גם כיום כלים המאפשרים להתמודד עם עיוותי השוק, ואלה נסקרו (בחלקם) לעיל. עם זאת, יש ערך באסדרה ייעודית המותאמת לזירה הטכנולוגית כמו גם ליעדי המדיניות המבוקשים. אסדרה ייעודית תאפשר הגנה טובה יותר על ציבור המשתמשים, לצד הקניית וודאות גבוהה יותר לשחקנים בשוק.

רשות התחרות עמדה על שאלות מהותיות שיש לתת עליהן את הדעת בעת אימוץ חקיקה ייעודית בישראל. הראשונה היא הגדרה של פלטפורמה מקוונת, כלומר: אילו פלטפורמות ייכנסו תחת הרגולציה החדשה. לדעתנו, ההגדרה צריכה לכוון לאותן פלטפורמות גדולות, שהיקף פעילותן וכמות המשתמשים בהן הם משמעותיים. ניתן וראוי להיעזר לעניין זה באמות המידה שהוצעו בהצעת החוק באירופה, כפי שנסקר בהרחבה לעיל. מתוך החקיקה הישראלית, ניתן להיעזר בהגדרה של גורמים ריכוזיים לפי סעיף 4 לחוק קידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד – 2013, בשינויים המחויבים, וזאת לצורך אפיון גודלה של חברה. מבחינת טיב ואופי הפעילות, מוצע להיעזר בהגדרות של גוף המחזיק במאגר מידע, לפי חוק הגנת הפרטיות, התשמ"א – 1981. לטעמנו, בקביעת תנאי סף לתחולת הרגולציה חשוב להתחשב בפרמטרים כמותיים של היקף הפעילות במונחים כספיים וכן במונחים של מספר המשתמשים בפלטפורמה; זאת, מתוך מטרה שלא ליצור חסמי כניסה רגולטוריים בפני עסקים קטנים העלולים להדיר רגליהם מכניסה לשווקים מסוימים.

אשר למנגנון הדירוג של משתמשים עסקיים שבו נוקטות הפלטפורמות המקוונות – בעניין זה ראוי לדעתנו לאמץ כלל רחב ועקרוני, המחייב את הפלטפורמה לשקף ולשתף באמות המידה שהיא מפעילה לדירוג העסקים המופיעים בתוצאות החיפוש. הטעם העיקרי לכלל של שקיפות הוא למנוע מניפולציה והטיה של התוצאות. פלטפורמה מקוונת, המהווה שער כניסה לזירה האינטרנטית, היא בעלת מאפיינים של גוף מעין ציבורי, נוכח היקף הפעילות עליה היא חולשת, עוצמת השוק שבידה, ומשמעות החלטותיה כלפי גופים עסקיים. בנסיבות אלה, נכון להחיל עליה עקרונות הלקוחים מתוך דיני המנהל הציבורי, ובתוך כך כללים בדבר שקיפות פעולות המנהל. אמנם, יתכנו חריגים לכלל הרחב, כגון מקרים של פגיעה בפרטיות או סודות מסחריים, אם וככל שאלה קיימים במקרים קונקרטיים. מוצע בעניין זה לקבוע חובה כללית ועקרונית, ולהתיר את התפתחות הדין ממקרה למקרה, בהחלטות קונקרטיות של הרגולטור ופסיקה של בתי המשפט.

בנושא מנגנוני יישוב סכסוכים, אנו סבורות כי יש לנקוט בשמירה של הזכות החוקתית לפנות לערכאות. השמירה על זכות זו היא חשובה במיוחד בזירת המסחר המקוון, בשים לב לכך שמדובר בשוק חדש יחסית אשר הדין בו אינו מפותח דיו. לכן, אין מדובר רק בהגנה על זכות הפרט, כי אם גם באינטרס ציבורי להבטיח פיקוח שיפוטי על מעצמות הטכנולוגיה, לצד פיתוח של המשפט ממקרה למקרה. מנגנון של בירור פנימי בחברה הוא ראוי כמהלך התחלתי, אך לא מכריע. מנגנון מרכזי רנה ומאיר חת לחקר התחרות והרגולציה, המסלול האקדמי – המכללה למינהל

של בוררות ראוי אף הוא לפתרון יעיל ומהיר של סכסוך, ואולם יש להבטיח כי ההסכמה לבוררות נעשית מדעת, במסגרת מאוזנת וסבירה, ולא באמצעות הקלקה אינטרנטית על חוזה אחיד ומקפח.

סמכות פיקוח ואכיפה לרגולטור – היא הכרחית. נוכח הייחוד והעוצמה של השוק בו מדובר, יש לשקול הקמה של גוף רגולטורי ייעודי ועצמאי שיתמחה בנושא, יפתח את הרגולציה החדשה ויאכוף את הכללים שיאומצו, וזאת ברוח הצעת החוק האירופית. אנו סבורות כי אין זה נכון במקרה זה לפזר את סמכויות בין רגולטורים שונים (כגון רשות התחרות הכלכלית ורשות הגנת הצרכן וסחר הוגן), וזאת משום שהפיזור עלול לגרום לכפל קולות רגולטוריים ולהחליש את עוצמת האכיפה. כאשר התחום הוא חדש ומורכב, ראוי לרכז את הסמכויות בידי גורם אפקטיבי אחד. במישור המהותי, ראוי לאמץ כללים של אכיפה מנהלית, בהיותה יעילה ומהירה, וכפופה לביקורת שיפוטית.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל שאלה.

בברכה,

השופטת בדימוס ד"ר איריס סרוקר

ד"ר יפעת נחמיאס, חוקרת

עו"ד ענבר גוטליב ריבקינ, עוזרת משפטית