

סקירה משפטית

יולי 2017

קוראות וקוראים נכבדות ונכבדים!

מרכז חת לחקר התחרות והרגולציה הוקם במכללה למינהל בייסודו של פרופ' מאיר חת, במגמה לקדם מחקר אקדמי בתחומי הממשק שבין כלכלה למשפט ואשר נוגעים למשק בישראל. המרכז פועל גם בתחומי ההוראה, לצד ריכוז כנסים וימי עיון, במטרה לבנות גשר בין האקדמיה לבין מקבלי ההחלטות ולרתום את המחקר האקדמי להעמקת השיח הציבורי ולטיוב הרגולציה. מעת לעת, המרכז יביא בפניכם סקירות משפטיות של החלטות מעניינות שהתקבלו בארץ ובעולם בנושאים הקשורים לתחרות ורגולציה. זוהי הסקירה הראשונה, ואנו מאחלים לכם קריאה מהנה ומועילה. תודה לעו"ד מעין סייג, העוזרת המשפטית של המרכז, על עזרתה בהכנת הסקירה.

השופטת בדימוס ד"ר איריס סורוקר

מנהלת מקצועית



גוגל נמצאה מפרה את חוקי התחרות האירופיים

נציבות התחרות האירופאית, ברשותה של גב' מרגרט וסטגר, הוציאה החלטה (27.6.2017), לפיה גוגל הפרה את חוקי התחרות של האיחוד האירופי, ותיקנס בסך 2,424,495,000 יורו. ההחלטה מתייחסת לעיצוב אלגוריתם לחיפוש במנוע החיפוש של גוגל, המוביל את הגולשות והגולשים לתוצאות חיפוש בהתאם לערכים מבוקשים. לפי ממצאי הנציבות, גוגל עיצבה את אלגוריתם החיפוש כך שיעדיף את שירותי השוואת המחירים של גוגל על פני שירותי השוואת המחירים של מתחריה. עיצוב האלגוריתם באופן מניפולטיבי ומפלה הוביל לכך ששירות השוואת המחירים של גוגל הופיע במקומות הראשונים בתוצאות החיפוש, בעוד שהמתחרים נדחקו למקומות רחוקים, אליהם כידוע הגולשים ממעטים לגשת.

החלטת הנציבות מבוססת על קביעה לפיה גוגל מחזיקה בנתח שוק מונופוליסטי - מעל 90% - בכל אחת מ-31 המדינות הרלבנטיות החברות באיחוד האירופי. הנציבות ציינה כי בשוק הרלבנטי - מנוע חיפוש אינטרנטי - קיימים חסמי כניסה גבוהים יחסית, וזאת על רקע אפקט הרשת: ככל שיותר חברים שותפים ברשת מסוימת, כך הרשת הופכת לאטרקטיבית יותר עבור חבריה, ולכן גם עבור המפרסמים - המהווים מקור דומיננטי למימון הפעילות. הנציבות גיבשה דעה כי גוגל ניצלה לרעה את מעמדה הדומיננטי בשוק זה, בניגוד לחוקי התחרות.

האסטרטגיה הפסולה של גוגל היתה לעוות את תוצאות החיפוש הרגילות כדי להעדיף את המוצר שהיא עצמה מספקת. גוגל ניצלה בכך את היתרון השוקי שיש לה, ובדרך זו דחקה מתחרים. התשתית הראייתית הראתה שגוגל פעלה באופן שיטתי כדי להעדיף את שירות השוואת המחירים שלה: תוצאות השירות שלה הוצגו בפורמט עשיר ובמעלה תוצאות החיפוש, ולעיתים גם במרחב שמור בצד ימין של דף החיפוש. תוצאות אלה מוקמו מעל תוצאות החיפוש ה"גנריות" המתקבלות ברגיל. בכל הקשור למתחרים, גוגל הפעילה אלגוריתם חיפוש שגנתי, שכולל הורדה בדירוג לפי קריטריונים מסוימים - מהלך שלא הוחל על המוצר של גוגל. כתוצאה מכך, התוצרים של המתחרים מצאו את מיקומם בדפים רחוקים של החיפוש, דף רביעי ואילך. לפי מחקרים אמפיריים, הגולשים נענים ברגיל לתוצאות חיפוש המופיעות במקומות הראשונים, והם נמנעים מלדפדף לדפים "נמוכים". כך, התוצאה העליונה זוכה לכ-95% מההקלקות; ואילו הורדה בדירוג התוצאות ממקום ראשון למקום שלישי מפחיתה את כמות ההקלקות על התוצאה בלא פחות מ-50%!

הופעת המוצר של גוגל במקום הראשון בתוצאות החיפוש לא נבעה מיתרון של המוצר עצמו, אלא מאפליה מלאכותית. האסטרטגיה המונופוליסטית הובילה לתוצאות ממשיות: הממצאים שהנציבות אספה משנת 2008 ואילך הראו, כי עיצוב אלגוריתם החיפוש באופן מפלה גרם לגידול משמעותי בגלישה של צרכנים לשירותי השוואת המחירים של גוגל. בד בבד, המתחרים זכו לנפילות משמעותיות בגלישה לשירותים שלהם. לפנינו אם כן מהלך אסטרטגי של גוף מונופוליסטי שחולל את התוצאה הבלתי רצויה, אותה דיני התחרות מבקשים למנוע.

גוגל לא רק נקנסה בקנס משמעותי, אלא שגם הוטל עליה צו מניעה, המורה לה להפסיק בתוך 90 ימים את ה"התנהגות הבלתי חוקית" של עיצוב אלגוריתם באופן המקדם את מוצריה שלה. הנציבות הודיעה שתעקוב אחר יישום הצו, וכי גוגל תיקנס בקנס יומי בשיעור של 5% ממחזור המכירות של חברת האם אלפאבית, היה ולא תציית לצו (!).

ההחלטה המלאה והמנומקת של הנציבות - טרם פורסמה. לתמצית ההחלטה באתר הנציבות ראו:

http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-17-1785_en.htm



האסטרטגיה הפסולה של גוגל היתה לעוות את תוצאות החיפוש הרגילות כדי להעדיף את המוצר שהיא עצמה מספקת. גוגל ניצלה בכך את היתרון השוקי שיש לה, ובדרך זו דחקה מתחרים.

אלגוריתם החיפוש המפלה גרם לגידול משמעותי בגלישה של צרכנים לשירותי השוואת המחירים של גוגל. בד בבד, המתחרים זכו לנפילות משמעותיות בגלישה לשירותים שלהם. לפנינו אם כן מהלך אסטרטגי של גוף מונופוליסטי שחולל את התוצאה הבלתי רצויה, אותה דיני התחרות מבקשים למנוע.

חברת התרופות פייזר נקנסה בגין "תמחור לא הוגן" של תרופה

רשות ההגבלים העיסקיים הישראלית, כמו גם בתי המשפט הישראליים, מתלבטים בעת הזו בסוגיית התמחור המונופוליסטי המופרז: באיזה אופן יש להתייחס לתמחור "לא הוגן" של מוצר המשווק על ידי מונופול, והאם תמחור "מופרז" מהווה עילה להתערבות רגולטורית? מקור השראה בשיח הכלכלי-משפטי הזה עשוי להימצא בהחלטה חדשנית של רשות השווקים והתחרות באנגליה (CMA) לקנס את חברת התרופות פייזר Pfizer בסך של 84.2 מיליון פאונד, ואת חברת התרופות פלין (Flynn) בסך 5.2 מיליון פאונד, בגין מחיר מופרז שגבו עבור תרופה. נימוקי ההחלטה, שניתנה בדצמבר 2016, פורסמו בחודש החולף.

פייזר היא חברת תרופות המייצרת בין השאר Phenytoin sodium - תרופה המיועדת למחלת האפילפסיה. לפי ממצאי הרשות, כ- 48,000 חולים מטופלים בתרופה זו באנגליה, והם מהווים כ- 10% מחולי האפילפסיה שם. התרופה מאופיינת בכך שכל שינוי קל במינון עלול להשפיע על תגובת החולה, עד כדי רעילות. לכן, ההמלצות הקליניות שניתנו לשימוש בתרופה היו שלא להעביר חולים ליצרן אלטרנטיבי, וזאת כדי למנוע תקלות העלולות לנבוע משינוי במינון.

באנגליה, שני יצרנים מייצרים את התרופה הנ"ל: פייזר וחברת NRIM. לפי הנתונים, התרופה של פייזר יצאה לשוק כבר בשנת 1938, והיא משווקת בארבעה מינונים: 25 מ"ג, 50 מ"ג, 100 מ"ג ו- 300 מ"ג. התרופה של NRIM יצאה בשנת 2013 והיא משווקת במינון של 100 מ"ג בלבד. עד שלהי 2012, פייזר שיווקה את התרופה באמצעות חברה מסוימת. בשלב מסוים, פייזר הכניסה את חב' פלין כגורם משווק. ביום 24.9.2012 נצפתה עליית מחירים דרמטית, וזאת לאחר שמחיר התרופה היה יציב לאורך שנים: המחיר הממוצע של התרופה במינון 100 מ"ג עמד בשנים קודם מות על 2.21 פאונד; ואילו מספטמבר 2012 ועד מרס 2014 קפץ המחיר לטווח שבין 51-60.99 פאונד (!). לאחר מכן המחיר אמנם ירד קמעא, אך עדיין נותר בערך גבוה בהרבה מהמחיר המקורי.

הרשות מצאה שהמחיר הגבוה לא שיקף הוצאות ייצור. הוא נגבה בקשר עם תרופה ותיקה מאוד שהפטנט לגביה פקע זה מכבר. העלייה המשמעותית במחיר הובילה לגידול מקביל בהוצאה הכספית של שירות הבריאות הלאומי באנגליה (NHS) המממן את רכישת התרופה לחולים.

בעוד שלפני ספטמבר 2012, ההוצאה השנתית עמדה על כשני מיליון פאונד, הרי שבשנת 2013 קפצה ההוצאה ל- 50 מיליון פאונד, 42 מיליון פאונד בשנת 2014, ו- 37 מיליון פאונד בשנת 2015. עוד נמצא כי פייזר משווקת את התרופה במדינות נוספות של האיחוד האירופי, ובמדינות אלה המחירים הנגבים נמוכים בהרבה מאלו שבאנגליה.

במישור המשפטי - הרשות מצאה שפייזר ופלין מחזיקות במעמד דומיננטי בשוק הרלבנטי - כ- 60% משוק התרופה מוחזק על ידיהן. הכושר התחרותי של שוק זה הוא יחסית נמוך: התרופה המתחרה של חברת NRIM לא יוצרת מגבלה משמעותית, עקב עקרון ההמשכיות בצריכת התרופה ממקור יצרני אחד. עקרון זה יצר למעשה קהל שבוי של לקוחות; קיים אמנם יבוא מקביל של התרופה ממדינות שונות, אך היבוא המקביל לא ביסס מקור מהימן לאספקת התרופה באופן שוטף. כתוצאה מקיומו של קהל שבוי, וכן מהעובדה שמדובר בקהל חולים ידוע שהולך וקטן, גם לא נמצאו די תמריצים לייצור מתחרה. כך נמצא שחברת NRIM זנחה את האפשרות לייצר קפסולות של 25, 50 או 300 מ"ג. בנוסף, גם לא קיים כח צרכני מספיק על מנת למנוע את התמחור המופרז.

על הרקע הזה, רשות ההגבלים העיסקיים באנגליה מצאה שפייזר ופלין ניצלו לרעה את מעמדן הדומיננטי בשוק: הן גבו מחיר לא הוגן לתרופה. תמחור לא הוגן עולה כדי ניצול לרעה של כח שוק, שכן זהו נסיון לקצור רווחים שלא היו מגיעים, לו התקיימה תחרות אפקטיבית. הרשות קבעה כי מחיר מונופוליסטי יחשב לגבוה



רשות ההגבלים העיסקיים באנגליה מצאה שפייזר ופלין ניצלו לרעה את מעמדן הדומיננטי בשוק: הן גבו מחיר לא הוגן לתרופה. תמחור לא הוגן עולה כדי ניצול לרעה של כח שוק, שכן זהו נסיון לקצור רווחים שלא היו מגיעים, לו התקיימה תחרות אפקטיבית.

הפער בין המחיר לבין עלויות היצור הוא עודף, ובלתי מוצדק כשלעצמו או בהשוואה למחירים של מוצרים מתחרים. במקרה הנבחן, נקבע שפייזר ופלין גבו מחיר לא הוגן, משום שהוא חרג באורח ניכר מעלויות הייצור (כפי שנמדדו והוערכו). מחיר גבוה זה התאפשר רק משום שהחברות היו מוגנות מפני תחרות אפקטיבית והיה להן קהל שבוי. המחיר הגבוה היה בעל השלכה ממשית על הצרכן הסופי (שירות הבריאות הלאומי), ויצר עלייה משמעותית ביחס למחירים שנהגו לפניו.

טענת החברות כי המחירים הישנים היוו מחירי הפסד - נדחתה. כך גם נדחתה הטענה לפיה החברות היו רשאיות להסתמך על מצגי הרשות הרוכשת בדבר סבירות המחירים. לענין זה הודגש, כי השאלה של הוגנות המחיר היא אובייקטיבית, ואינה יכולה להתחך על פי עמדה כזו או אחרת של צד שלישי.

להחלטה המלאה של הרשות ראו:

<https://assets.publishing.service.gov.uk/media/594240cfe5274a5e4e00024e/phenytoin-full-non-confidential-decision.pdf>

אל תתקשרו אלי!

בעקבות חקירה של רשות הסחר האמריקאית (The Federal Trade Commission), מדינת ארצות הברית הגישה תביעה אזרחית כנגד DISH - חברה לשיווק צלחות לקליטת שידורי לוויין, בעילה של הפרת חוקים הידועים בכינוי Do-Not-Call-Laws. בתמצית, אלה הם חוקים להגנת הצרכן, המגבילים את השיווק באמצעות טלמרקטינג, ובין השאר אוסרים על משווק להתקשר לצרכן שהצהיר כי אינו מעוניין בפניה. בפסק דין חדש מיוני 2017, בית המשפט במדינת אילינוי קיבל את התביעה, והטיל על הנתבעת קנסות אזרחיים בסך כולל של \$280,000,000 (!), לצד צו מניעה קבוע למניעת הישנות של ההתנהגות האסורה.

DISH הפעילה טלמרקטינג כאמצעי שיווקי - התקשרות טלפונית לצרכן. הפרקטיקה המדוברת החלה בשנת 1998 ונמשכה לאורך שנים. קהל היעד היה לקוחות פרטיים. כדי להגיע אל היעד, הופעלה מערכת מסועפת של שיחות טלפון אוטומטיות, המאפשרת להתקשר בו-זמנית לקבוצה גדולה של מספרי טלפון ולהבחין ביניהם לפי תוצאה: אם השיחה נענתה, או שהקו היה תפוס, או שלא היה מענה. נמען העונה לשיחה שומע הודעה קולית מוקלטת המפרסמת את מוצרי החברה, או מענה אנושי. החברה נהגה להבחין בין לקוחות חדשים שטרם נקשרו עם החברה, לקוחות פעילים שיש לשכנעם לרכוש ערוצים נוספים או להאריך את ההתקשרות, ולקוחות שעזבו. DISH נהגה לבצע שיחות טלפון מחזוריות, כדי לכסות את רשימות הנמענים הפוטנציאליים. מאות אלפי שיחות בוצעו מדי חודש, באמצעות עובדי החברה וחברות חיצוניות.

כנגד החברה הצטברו תלונות רבות של צרכנים שלימדו על מדיניות שיווק אגרסיבית, שאינה מכבדת את זכות הצרכן להימנע משיווק טלפוני חוזר ומטריד, אשר לעיתים גבל בהטעיה. החקירה של הרשות היתה מקיפה, וכללה ניתוח של מיליוני שיחות טלפון, לצד גבית עדויות אנושיות.

בית המשפט מצא שהחברה הפרה את החקיקה האוסרת להתקשר לאנשים שביקשו שלא יתקשרו אליהם. חקיקה ספציפית מאפשרת לאזרחים להירשם במרשם ציבורי של Do-Not-Call-List, אשר על המפרסמים לכבדו. התשתית הראייתית הראתה שהחברה לא הקפידה שלא להתקשר למי שהופיע ברשימות "אל תתקשר", ולא הנחתה את עובדיה באופן ברור. כמוכן, ספק רשאי להתקשר ללקוחות פעילים, אך כאן החברה ניצלה רשימות של לקוחות ישנים כדי לפנות אליהם בהצעות שיווקיות, שעה שהם כבר לא היו לקוחות החברה. התלונות כנגד

נקבע שפייזר ופלין גבו מחיר לא הוגן, משום שהוא חרג באורח ניכר מעלויות הייצור (כפי שנמדדו והוערכו). מחיר גבוה זה התאפשר רק משום שהחברות היו מוגנות מפני תחרות אפקטיבית והיה להן קהל שבוי.



החברה נסבו על מגוון התנהגויות בעייתיות, כמו הזדהות לא מדויקת של המתקשר, וניתוק השיחה אם הנמען ביקש שלא יתקשרו אליו. בלא מעט מקרים, לקוחות שרכשו את מוצרי החברה בשיחת השיווק ביטלו את התקשרותם עם החברה בסמוך לאחר מכן - וזו אינדיקציה לאי הבנה ולחוסר שביעות רצון של הצרכן.

במישור האחריות המשפטית, בית המשפט פסק כי התנהלות הנמשכת של הנתבעת עלתה כדי "התנהלות בלתי הוגנת" כלפי הצרכן. נקבע שהנתבעת הפרה חוקי ה- Do-Not-Call, בכך שיזמה פניות טלפוניות לצרכנים שנרשמו במרשם הציבורי "אל תתקשרו אלי". נדחתה הטענה לפיה מרשם ציבורי כזה סותר את עקרון חופש הביטוי (המוגן בארצות הברית בתיקון הראשון לחוקה). הפרת חוק נמצאה גם בשיחות טלפון לצרכנים שהצהירו קודם לכן בפני החברה שאינם מעוניינים לקבל פניות טלפוניות. לענין זה, ההפרה מתרחשת לא רק כאשר החברה פונה בעצמה, אך גם באמצעות צדדים שלישיים, כמו גורמי שיווק שונים. מובן: על החברה לוודא שגורמי השיווק עמם היא עובדת פועלים בשיטות שיווק שאינן מפרות את החקיקה הצרכנית. הפרת חוק נוספת נמצאה במקרים שבהם הצרכן ענה לטלפון, אך לא הועבר לנציג אנושי בתוך שתי שניות מסיום ברכת הפתיחה של השיחה (!).

בית המשפט ציין כי החוק העדכני מאפשר להטיל קנס בסך \$16,000 עבור כל הפרה. סכום הקנס הכולל באותו ענין נקבע בהתחשב במשכי ההפרה הארוכים, בכמות העצומה של השיחות, במודעות של נציגי החברה למעשי ההפרה הנמשכים, ובמטרה המסחרית אשר לשמה הן בוצעו. ניתן משקל גם לכך שברה לא אימצה נוהל פנימי כתוב ומסודר שיבטיח הקפדה על הכללים של "אל תתקשרו אלי". לצד אלה, בית המשפט ציין כי החברה מסוגלת לעמוד בתשלום הקנס הגבוה ולהמשיך בעסקיה.

קישור להחלטה:

https://www.ftc.gov/system/files/documents/cases/dish_ilc_309cv3073_order_injunction.pdf

ומה בישראל?

הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן יזמה לאחרונה מהלך לקידום הקמה של מאגר ציבורי מסוג "אל תתקשרו אלי". באתר הרשות צוין:

"תפקיד המאגר הוא למנוע שיחות שיווק לאנשים אשר אינם מעוניינים בכך, והוא פועל בכמה מדינות בעולם. הרשות בוחנת מודלים שונים להקמת המאגר, ובפרט את ברירת המחדל של המאגר: האם יש צורך בהרשמה אקטיבית על מנת להימנע מלקבל שיחות שיווק, או שהאיסור להתקשר יחול על כל קווי הטלפון, למעט אנשים שהביעו הסכמה אקטיבית לקבל שיחות".

הרשות פרסמה סקר טלמרקטינג וכן דו"ח מסכם מיוני 2017. בדו"ח צוין כי הרשות זיהתה פרקטיקה של שיווק טלפוני אגרסיבי העלול לפגוע בצרכן, בעיקר בקבוצות מוחלשות. הרשות בדעה כי יש מקום להקים מאגר ציבורי של מספרי טלפונים האסורים לגישה. לענין זה, נבחנו שני מודלים אפשריים: האחד: "הקמת מאגר אל תתקשרו אלי במודל בו ברירת המחדל היא שכל קווי הטלפון הנייחים והניידים, של אוכלוסיית ישראל אסורים בהתקשרות ושיחות טלפון שיווקיות - אלא אם כן יבקשו באופן פעיל להיות במאגר המתיר להתקשר אליהם". השני, "הקמת מאגר אל תתקשרו אלי במודל בו ברירת המחדל היא כי ניתן להתקשר לכולם, אלא אם הצרכן הביע סירוב לקבל שיחות שיווק באמצעות הרשמה בפועל למאגר". לאחר עיון ביתרונות ובחסרונות, הרשות ממליצה על אימוץ החלופה הראשונה, וזאת במטרה ליתן ביטוי להעדפה המוערכת של מרבית הצרכנים ולהגן על אוכלוסיות פגיעות.

ראו באתר הרשות:

<http://www.economy.gov.il/Trade/ConsumerProtection/PublicReactions/Pages/RIA-DontCall.aspx>

בית המשפט פסק כי התנהלות הנמשכת של הנתבעת עלתה כדי "התנהלות בלתי הוגנת" כלפי הצרכן. נקבע שהנתבעת הפרה חוקי ה- Do-Not-Call, בכך שיזמה פניות טלפוניות לצרכנים שנרשמו במרשם הציבורי "אל תתקשרו אלי". נדחתה הטענה לפיה מרשם ציבורי כזה סותר את עקרון חופש הביטוי

הרשות זיהתה פרקטיקה של שיווק טלפוני אגרסיבי העלול לפגוע בצרכן, בעיקר בקבוצות מוחלשות. הרשות בדעה כי יש מקום להקים מאגר ציבורי של מספרי טלפונים האסורים לגישה.



זכות הגישה לרשתות חברתיות

אין צורך לאמר כי הרשת החברתית האינטרנטית (כמו פייסבוק, טוויטר, לינקדאין) מהווה היום את כיכר השוק. זהו המקום הוירטואלי בו אנשים מדברים, מגיבים, מעלים תמונות, משתפים בארועים. שם אנשים מחפשים מקום עבודה, מעדכנים בדבר צורך בעובדים, מזמינים חברים להשתתף בהפגנה, מוחים כנגד עוולות השלטון. אין תימה, לפיכך, שבית המשפט העליון בארצות הברית הכיר בזכות הגישה של הפרט לרשת החברתית כזכות חוקתית. זוהי זכות הנגזרת מחופש הביטוי - המעוגן כידוע בתיקון הראשון לחוקה האמריקאית. בפסק דין תקדימי מיוני 2017 פסקו שופטי בית המשפט העליון, כי גם עברייני מין מורשעים זכאים להשתתף כחברים ברשת, וכי לא ניתן לאסור זאת עליהם באופן גורף:

[Packingham v. North Carolina](#) (June 19, 2017)

(Kennedy J. delivered the opinion of the court)

הרקע לפסק הדין נעוץ בחוק שחוקקה מדינת צפון קרוליינה בשנת 2008, האוסר על עברייני מין מורשעים להרשם כחברים ברשת חברתית אינטרנטית ואשר הטיל סנקציה פלילית על הפרת האיסור. השאלה שהובאה לפתחו של בית המשפט הייתה, אם חוק זה עומד במבחן החוקתי של התיקון הראשון לחוקה, המגן על חירות יסוד: חופש הביטוי. מי שעתר כנגד החוק הוא אדם שהורשע בקיום יחסי מין עם ילדה בת 13, בהיותו בן 21. בשים לב לאופי העבירה, העותר נדרש להרשם ברישומי המדינה כ"עברייני מין נגד קטין" - מעמד שהוביל לאיסור גישה לרשתות חברתיות על פי החוק הנ"ל. במעקב משטרי נמצא שהעותר העלה פוסטים לפייסבוק. לכן הוגש נגדו כתב אישום, והוא הורשע בהפרת החוק. בבית משפט לערעורים התקבל ערעורו והאישום בוטל. אך בית המשפט העליון של מדינת צפון קרוליינה סבר אחרת: נפסק ברוב דעות שהחוק "חוקתי", וזאת כנגד דעת מיעוט שסברה כי החוק הוא גורף "באופן זעק". על הרקע הזה הוגשה עתירה לבית המשפט העליון של ארצות הברית.

בית המשפט העליון עמד על הרציונאל שביסוד החוק-למנוע גישה של עברייני מין לאתרים בהם משתתפים גם קטינים, מחשש שמא ההתקשרות עמם תנוצל לרעה על ידי מי שכבר הורשע בעבירות מין. ואולם בית המשפט פסק כי האיסור של החוק הוא פסול, בהיותו גורף ובלתי מידתי. אינטרס ציבורי הוא לשמור על פתיחותו של המרחב הציבורי, בהיותו המקום שבו בני האנוש לומדים ומלמדים, מגבשים רעיונות ומחדשים חידושים, וכך מפתחים את חזית החשיבה והעשייה האנושית:

"A fundamental principle of the First Amendment is that all persons have access to places where they can speak and listen, and then, after reflection, speak and listen one more. The Court has sought to protect the right to speak in this spatial context. A basic rule, for example, is that a street or a park is a quintessential forum for the exercise of First Amendment rights... Even in the modern era, these places are still essential venues for public gatherings to celebrate some views, to protect others, or simply to learn and inquire"

החוק נשוא העתירה "הלך רחוק מדי" בשללו כל גישה לרשת חברתית, ולו לצרכי מסחר - וזאת ללא הצדקה. המדינה אומנם רשאית לחוקק חוקים להגנה על קטינים מפני עבריינות מין, ואולם המגבלות המוטלות בחוק צריכות להיות ספציפיות וממוקדות. ניתן לאסור על עברייני מין ליצור קשר עם קטין או להשתמש באינטרנט כדי לקבל פרטים על קטין, אך לא ניתן לאסור עליו להשתמש באינטרנט באופן גורף. לענין זה, יש ליתן משקל לעוצמתו של האינטרנט כמרחב וירטואלי המשמש לא רק לענינים מעשיים כמו השגת מידע, אלא בעיקר - להשמעתו של הקול האנושי:

"These websites can provide perhaps the most powerful mechanisms available to a private citizen to make his or her voice heard"



אינטרס ציבורי הוא לשמור על פתיחותו של המרחב הציבורי, בהיותו המקום שבו בני האנוש לומדים ומלמדים, מגבשים רעיונות ומחדשים חידושים, וכך מפתחים את חזית החשיבה והעשייה האנושית

החוק נשוא העתירה "הלך רחוק מדי" בשללו כל גישה לרשת חברתית, ולו לצרכי מסחר - וזאת ללא הצדקה. המדינה אומנם רשאית לחוקק חוקים להגנה על קטינים מפני עבריינות מין, ואולם המגבלות המוטלות בחוק צריכות להיות ספציפיות וממוקדות



השופט Alito הסכים עם פסילת החוק הנ"ל בהיותו רחב בצורה קיצונית. עם זאת, הוא הביע דעתו כי האינטרס הציבורי להגן על קטינים מפני עבירות מין חל גם כאשר מדובר באינטרנט, ואולי דווקא שם, משום שהאינטרנט עלול להיות מנוצל לרעה על ידי עברייני מין. אין פסול בכך שהמדינה תפעל למניעה מוקדמת של עבירות באמצעות הטלת מגבלות על השימוש באינטרנט. ואולם החוק שנבחן חרג מהנדרש: הוא חל באופן לא מובחן על אתרים רבים, גם כאלה שאין זה סביר להניח שיקלו על יצירת קשר בין עברייני מין לקטין. כאלה הם אתרים שהעניין שלהם הוא לגיטימי ואין הם קשורים לתקשורת עם ילדים דווקא, כמו אתרי קניות, אתרי חדשות או אתרי בריאות. החוק של מדינת צפון קרוליינה אמנם ביקש להשיג מטרה ראויה, אך הוא עשה כן בלא לשמור על מגבלות סבירות ומידתיות ראויה.

ומה בישראל?

חוק הגנה על הציבור מפני ביצוע עבירות מין, התשס"ו-2006, נועד לקבוע מנגנונים להגנה על הציבור מפני עבריינות מין נשנית. מטרתו הוצהרה בסעיף 1: "להגן על הציבור מפני ביצוע עבירות מין על ידי ביצוע הערכות מסוכנות לגבי עברייני מין בשלבים השונים של ההליך המשפטי, וכן ביצוע פיקוח ומעקב ושיקום מונע לעבריינים כאמור, והכל לשם מניעת ביצוע עבירות מין חוזרות". החוק מסמיך את בית המשפט להטיל על עברייני מין מגבלות בצו פיקוח, ובהן מגבלה לעניין שימוש בשירותי אינטרנט [סעיף 13(ב)(12)]. משך צו הפיקוח מוגבל בזמן, אך ניתן להאריכו, בהתאם להערכת מסוכנות.

בבש"פ 6880/12 פלוני נ' מדינת ישראל (5.11.2012),

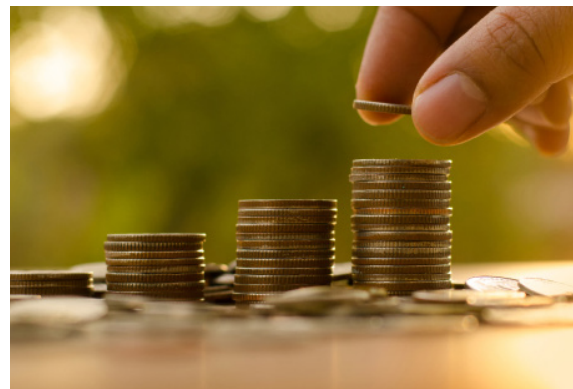
העורר הורשע על בסיס הודאתו בביצוע עבירות מין בקטינים ונגזרו עליו מאסר בפועל ומאסר על תנאי. צו פיקוח שהוצא לאחר שחרורו אסר עליו לגלוש באינטרנט, אלא אם תחסם הגישה לאתרים פורנוגרפיים. נמצא שהעורר הפר איסור זה. על כן, המדינה ביקשה להחמיר בתנאים. בית המשפט קיבל את הבקשה והטיל על העורר איסור

להחזיק במחשב או במכשיר סלולארי המאפשר גלישה באינטרנט, וכן כל שימוש באינטרנט. הערר לבית המשפט העליון - נדחה. בית המשפט הכיר בערך החברתי של רשת האינטרנט כ"אמצעי בעל חשיבות רבה לצריכה ויצור של ידע ומידע, לקיום קשרים שונים - אישיים, חברתיים, עסקיים ומקצועיים. היא מהווה כלי תקשורת מרכזי, במה לביטוי אישי וחשיפה לביטויים שונים ומגוונים". עם זאת, תכלית ההגבלות שהוטלו על העורר היא למנוע מסוכנות מינית. הפרשנות הראויה לביטוי "מגבלה לעניין שימוש בשירותי אינטרנט" שבסעיף 13(ב)(12) לחוק כוללת את הסמכות השיפוטית להגביל באופן גורף כל שימוש באינטרנט במקרים מתאימים. תוצאה אחרת אינה מתיישבת עם לשון החוק ועם מטרתו.

הכתבת מחירים?

הסוגיה של הכתבת המחיר שבו קמעונאי ישווק לציבור מוצר של ספק מסוים - מטרידה את רשויות ההגבלים העסקיים בארץ ובעולם. ספקים ישאפו לשלוט במחיר שבו המוצר שלהם נמכר לצרכנים, ממגוון שיקולים כלכליים: כדי לגבות מהשוק את המחיר המיטבי; כדי למנוע תחרות בין משווקים תוך-מותגיים בינם לבין עצמם; וכדי להדק את השליטה בחוליית השיווק. הסדרים להכתבת מחיר, המכונים בספרות המקצועית Resale Price Maintenance, הם הסדרים אנכיים (בין ספק לקמעונאי), וככאלה נהנים ברגיל מהנחה של יעילות כלכלית. עם זאת, הם נוגעים בלב ליבה של התחרות החופשית - מחירים, ומכאן הדילמה שהם יוצרים.

רשות ההגבלים העסקיים הוציאה זה עתה גילוי דעת 2/17 "בעניין הסדרי הכתבת מחיר אנכית (RPM)". "ענינו של גילוי דעת זה בהסדרי הכתבת מחיר אנכית, דהיינו הסדרים שבהם גורם אחד בשרשרת האספקה של טובין מכתוב לגורם הנמצא בשלב עוקב בשרשרת האספקה את המחיר שבו יציע השני את הטובין. הסדרים אלה... יכול שיקבעו רמת מחיר מזערית שבה מותר להציע את הטובין... רמת



מחיר מירבית... או רמת מחיר קבועה... (בפסקה 1 לגילוי הדעת). הרקע לגילוי הדעת הוא פסק דינו של בית המשפט העליון בענין שופרסל מאוגוסט 2015 (ע"פ 5823/14), שעסק בשאלת תחולתו של סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, על הסדרים אנכיים. הוראת חוק זו קובעת כי במקרים מסוימים חזקה היא שהסדר בין בעלי עסקים מהווה "הסדר כובל" המגביל את התחרות; כך הוא, בין השאר, כאשר בהסדר מבוצע תיאום מחירים. לפי הלכות קודמות של בית המשפט העליון, מקובל היה לפרש כי סעיף 2(ב) חל גם על הסדר אנכי בין ספק לקמעונאי - וזאת אף שאין ביניהם יחסי תחרות. פסק דינו של בית המשפט העליון בענין שופרסל חידש הלכה, שעה שקבע כי הסדרים אנכיים אינם נלכדים בסעיף 2(ב) של החוק. עליהם יש להחיל את הכלל הרגיל (המעוגן בסעיף 2(א) לחוק) המחייב להוכיח יסוד של פגיעה בתחרות, קרי: שההסדר האנכי העומד על הפרק עלול לפגוע בתחרות בשווקים הרלבנטיים ("מבחן העלילות").

בעקבות פסק הדין בענין שופרסל, הסדרי RPM לא ייפסלו באופן גורף כהסדרים כובלים. על הרקע הזה יצא גילוי הדעת, בו מבקשת הרשות להציב קריטריונים לבחינת השאלה - מתי הסדרים אלה ייחשבו כהסדרים המונעים תחרות בעסקים? ככלל, עמדת הרשות היא שיש להתייחס להסדרים להכתבת מחירים בצורה מחמירה יותר מאשר להסדרים אנכיים אחרים. ברגיל, אין מקום להתקשרות בהסדר להכתבת מחיר במגזר הקמעונאי, ואילו הסדרי RPM שאינם נוגעים למקטע הקמעונאי ייבחנו בהתאם לאופי היחסים בין הספק למפיץ. הרשות מונה בגילוי הדעת שיקולים שונים שתביא בחשבון:

- שאלה מרכזית היא אם קיימת ריכוזיות גבוהה במקטע הספקים או במקטע הקמעונאיים. במקטע הספקים, הסדר RPM עלול להקל על הגעה לשיווי משקל מתואם ושמירה עליו. בהיעדר הסדר להכתבת מחיר, כל ספק קובע מחיר סיטונאי ולא את המחיר הקמעונאי. המחירים הסיטונאים בדרך כלל אינם שקופים לספקים המתחרים. הסדר להכתבת מחיר קמעונאי מקל על תיאום ולו סמוי בין הספקים המתחרים, משום שהוא מצמצם את השונות שמתקיימת בדרך כלל במחירים קמעונאיים. שקיפות המחירים הקמעונאיים עלולה להפחית את התמריץ של כל ספק לסטות משיווי המשקל בדרך של הפחתת המחיר הסיטונאי.

- קיבוע מחירים קמעונאיים כתוצאה מהסדרי RPM ושקיפותם עלול להוביל לקבוען של המחיר הסיטונאי, ולמצער לכך שגם אם הוא יופחת - ההפחתה לא תגולגל לצרכן.

- הסדרי RPM עלולים בנסיבות מסוימות להקל על הפעלת כוח שוק על ידי ספק דומיננטי, בכך שהוא תומך בשיווי משקל בלתי תחרותי בין הקמעונאים, ומקטין את התמריץ של הקמעונאים להפעיל את כוח המיקוח שלהם כנגד הספק וכדי להפחית את המחיר הסיטונאי.

- שיווי משקל מתואם במקטע הקמעונאי מפחית את התחרות במקטע זה, ועלול גם לפגוע בכוחם התחרותי של ספקים או קמעונאים קטנים.

- לצד החששות התחרותיים, יש להתחשב בהצדקות פרו-תחרותיות, כמו שיפור בשירותים נילווים הניתנים לצרכן.

ככלל, עמדת הרשות היא שיש להתייחס להסדרים להכתבת מחירים בצורה מחמירה יותר מאשר להסדרים אנכיים אחרים. ברגיל, אין מקום להתקשרות בהסדר להכתבת מחיר במגזר הקמעונאי, ואילו הסדרי RPM שאינם נוגעים למקטע הקמעונאי ייבחנו בהתאם לאופי היחסים בין הספק למפיץ.

שאלה מרכזית היא אם קיימת ריכוזיות גבוהה במקטע הספקים או במקטע הקמעונאיים. במקטע הספקים, הסדר RPM עלול להקל על הגעה לשיווי משקל מתואם ושמירה עליו.

גילוי הדעת עוסק באופן ספציפי בהסדרי RPM במקטע הקמעונאי ובמקטעים שאינם קמעונאיים, מתייחס גם להמלצת מחיר (להבדיל מהכתבה), וכן מטפל בהסדר לקביעת מחיר מקסימלי (להבדיל ממינימלי). הממונה על ההגבלים העסקיים, עו"ד מיכל הלפרין, מסכמת בגילוי הדעת את עמדתה ביחס להסדר RPM במקטע הקמעונאי:

"... מן הראוי שצדדים יתקשרו בהסדרים אלה הנוגעים למקטע הקמעונאי רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: הראשון, שההסדר אינו נוגע לשוק אשר בשל מאפייניו שוררת בו מידה מועטה של תחרות או שמתקיים בו חשש לתיאום בין השחקנים הפועלים בו; והשני, שההסדר נדרש לצורך קידום התחרות הבין-מותגית, באופן המיטיב עם ציבור הצרכנים."

לפסק הדין של בית המשפט העליון בענין שופרסל ראו:
ע"פ 5823/14 שופרסל בע"מ נ' מדינת ישראל (פורסם בנבו, 10.8.2015)

לגילוי הדעת 2/17 של רשות ההגבלים העסקיים ראו:

http://www.antitrust.gov.il/files/34699/%D7%92%D7%99%D7%9C%D7%95%D7%99%20%D7%93%D7%A2%D7%AA%202_17_PRM.pdf

"... מן הראוי שצדדים יתקשרו בהסדרים אלה הנוגעים למקטע הקמעונאי רק בהתקיים שני תנאים מצטברים: הראשון, שההסדר אינו נוגע לשוק אשר בשל מאפייניו שוררת בו מידה מועטה של תחרות או שמתקיים בו חשש לתיאום בין השחקנים הפועלים בו; והשני, שההסדר נדרש לצורך קידום התחרות הבין-מותגית, באופן המיטיב עם ציבור הצרכנים."

על שוקה סוכן הביטוח, תחרות הוגנת ופרסומת השוואתית

ע"א 3322/16, ע"א 4313/16 איי די איי חברה לביטוח בע"מ ואח' נ' לשכת סוכני ביטוח בישראל, מיום 30.4.2017 (כב' הש' י' עמית, מ' מזוז, ע' ברון).

דמותו ההומוריסטית של שוקה - סוכן הביטוח הנהנתן, הובאה לאחרונה לדיון בבית המשפט העליון. במוקד עמדו תשדירי פרסומת מסחריים מטעם חברת ביטוח ישיר, שמטרתם המוצהרת הייתה לקעקע את חשיבות עבודתם של סוכני הביטוח ולמשוך לקוחות לחברת הביטוח הישיר. סוכן הביטוח ומזכירתו הוצגו כדמויות מיושנות ו"מאותגרות טכנולוגית", והסוכן - כמי ששוכח את לקוחותיו. השאלה הייתה, אם פרסומת מסחרית כזו - דבק בה פסול משפטי? בית המשפט המחוזי ענה בחיוב. בית המשפט העליון הפך וענה בשלילה.

חוק איסור לשון הרע חל גם על פרסום עסקי ומאפשר ללכוד "דיבה מסחרית": "פרסום המתייחס למתחרה עסקי; העלול להשפילו, לבזותו או לפגוע בעסקו או במשלח ידו; בין אם הוא אדם ובין אם הוא תאגיד - נכנס, ככלל, תחת הגדרת "לשון הרע". ואולם במישור רמת ההגנה, הפרסום המסחרי ממוקם במדרג נמוך יחסית, בהשוואה למשל לחופש הביטוי הפוליטי. לכן, בהצבת נקודת האיזון בין חופש הביטוי של המפרסם לבין זכותו של הנפגע לשם טוב, "ישנה נכונות מוגברת להגביל את חופש הביטוי המסחרי ולהגן על האינטרס של הנפגע". מאידך, יש להביא בחשבון כי פרסומת מסחרית צפויה מראש להתקבל על ידי הצופה "בחשדנות מה", וממילא קטן החשש לפגיעה בשמו הטוב של המתחרה. השאלה בדבר מידת הפוגעניות של הפרסום היא תלויה נסיבות, ועשויה להשפיע על עצם הקביעה אם לפנינו "לשון הרע", ולמצער על שיעור הנזק.

בית המשפט היה נכון להניח כי תוכן התשדירים שם ללעג את סוכני הביטוח ולכן עלול לפגוע במשלח ידם. ואולם, עילת התביעה נחסמת במקרה זה משום שהדיבה הופנתה כנגד ציבור בלתי מסוים - סוכני ביטוח. סעיף 4 לחוק, העוסק ב"לשון הרע על ציבור", קובע כי לשון הרע על חבר בני אדם או ציבור כלשהו (שאינם תאגיד)



"בעולם של כלכלה חופשית, שאיפתו של גורם מסחרי להשתלט על נתח השוק הרלוונטי ו"להכחיד" את מתחריו היא שאיפה לגיטימית."



לא תהווה עילה לתובענה אזרחית או קובלנה (אישום בשל עבירה יוגש במקרה כזה באישור היועץ המשפטי לממשלה).

מה טיבה של הוראה מגבילה זו? בית המשפט עמד על כך שההבחנה בין "אדם" (הזוכה להגנת החוק), לבין "ציבור" (שאז נשללת עילת התביעה) מבוססת על דרישת הזיהוי: הזיהוי קושר בין האמירה הפוגענית לבין פרט מסוים. חוק איסור לשון הרע נועד להגן על שמו הטוב של אדם, ואין הוא חל ביחס לאמירות המופנות באופן גורף כלפי קבוצות אוכלוסייה ("ציבור עורכי הדין"; "נשים"; "סטודנטים"; וכיו"ב). כאן, הדמות של שוקה אינה מכוונת לסוכן מסוים, אלא לקבוצה גדולה ובלתי מסוימת של סוכני ביטוח. גם אין מדובר בסרט המתיימר לשאת אופי דוקומנטרי, ולהיפך: הדמויות בו "מוקצנות להפליא", הומוריסטיות ומעוררות גיחוך. שילוב זה - בין גודל הקבוצה המדוברת, אופי הפרסום, והאופן בו המסר נתפס על ידי הצופה הסביר - מפעילים את הוראת סעיף 4 לחוק איסור לשון הרע, ושוללים את תחולתו של החוק.

נפסק כי גם עוולת תיאור כוזב לפי סעיף 2 לחוק עוולות מסחריות אינה חלה בנסיבות הענין, שכן האופן בו הוצגו סוכני הביטוח בתשדירים אינו עולה כדי "תיאור כוזב". התשדירים אינם מציגים "מידע", וזאת להבדיל מהתבטאות סתמית ומופרזת, שאין להניח כי הצרכן הסביר יתייחס אליה ברצינות. בית המשפט נעזר לענין זה במשפט השוואתי: בדין האנגלי (בתמצית), מקובל כי העוולה תתגבש אם מדובר בפרסום משמיץ, שתוכנו צפוי להילקח ברצינות על ידי האדם הסביר; ואילו דברי שבח כלליים של מוכר (mere puff) אינם מקימים עילת תביעה. הוא הדין בארצות הברית: גם שם השתרשה ההבחנה בין פרסומת השוואתית הכוללת מאפיינים מדידים לבין אמירה כללית הנחשבת puffery. שימת הדגש היא על הדרישה שהפרסום יהיה עובדתי. אם מדובר באמירה בעלת גוון כללי, שהטיעון המושמע בה אינו מדיד, והוא מוצג כאמירה סובייקטיבית, הצרכנים לא צפויים להסתמך עליו ואין בכוחו להפעיל את העוולה.

מעניינות הן הערותיו של בית המשפט בכל הקשור לתחרות החופשית. הודגש כי "בעולם של כלכלה חופשית, שאיפתו של גורם מסחרי להשתלט על נתח השוק הרלוונטי ו"להכחיד" את מתחריו היא שאיפה לגיטימית". צוין כי "בעולם הפרסום והשיווק המסחרי, אנו למעשה מכירים בכך שיש "שקרים" מסוג מסוים שאנו מוכנים לספוג ולהשלים עם קיומם. ... אנו מקבלים את נטייתו של הסוחר להפריז בשבח מרכולתו ואנו מתייחסים להתבטאויות מסוג זה בהתאם במידה רבה של סקפטיות". שעה שאין חשש של ממש שהצרכן הסביר יתייחס לפרסום ברצינות, גם אין לאמר שהמתחרה עלול להיפגע.

ומה בדבר חוק עשיית עושר ולא במשפט? נפסק שאין מקום להחיל חוק זה, שעה שנשללה תחולתה של החקיקה הייעודית. "מקום בו המחוקק שלל באופן מפורש עילת תביעה, אין לעקוף הוראה זו באמצעות הזקקות לדיני עשיית עושר ולא במשפט". הטעם לכך הוא שמדובר באיזון סבוך בין אינטרסים מתנגשים (הזכות לשם טוב מול חופש הביטוי המסחרי), ואם החקיקה הספציפית הולידה הסדר שלילי - אין זה נכון לעקוף את השלילה.

סיכומם של דברים: בית המשפט הציב בפסק דינו את התחרות החופשית כערך, ובתוך כך את חופש הביטוי המסחרי. המתחרה העיסקי אמנם זכאי להגנה מפני דיבה מסחרית ותיאור כוזב, אך הדבר מותנה בזיהוי של נפגע מסוים ובכך שהתיאור התיימר להיות עובדתי - להבדיל מ"פטפט הומוריסטי" גרידא. בית המשפט הוסיף וציין, כי בעוולות לפי חוק איסור לשון הרע אין מקום ברגיל למתן צו מניעה עתידי כנגד פרסומות עתידיות. זאת, הן כדי להימנע מצנזורה מוקדמת של ביטוי שטרם בא אל העולם, והן משום הקושי ביישום ובאכיפה.

תשומת לבם של הקוראים מופנית לכך שפרסומת השוואתית בעלת אופי משמיץ עלולה להיפסל אם נעשה בה שימוש אסור בסימן מסחרי של המתחרה; ראו: ע"א 8483/02 אלוניאל בע"מ נ' אריאל מקדונלד, נח (4) 314 (2004).

"בעולם הפרסום והשיווק המסחרי, אנו למעשה מכירים בכך שיש "שקרים" מסוג מסוים שאנו מוכנים לספוג ולהשלים עם קיומם. ... אנו מקבלים את נטייתו של הסוחר להפריז בשבח מרכולתו ואנו מתייחסים להתבטאויות מסוג זה בהתאם במידה רבה של סקפטיות"

בית המשפט הציב בפסק דינו את התחרות החופשית כערך, ובתוך כך את חופש הביטוי המסחרי. המתחרה העיסקי אמנם זכאי להגנה מפני דיבה מסחרית ותיאור כוזב, אך הדבר מותנה בזיהוי של נפגע מסוים ובכך שהתיאור התיימר להיות עובדתי - להבדיל מ"פטפט הומוריסטי" גרידא.

