

# משרד המשפטים



---

---

## "Start Me Up"<sup>1</sup>: מדינות סטארט-אפ, חדשנות ומדיניות ההגבלים העסקיים

מקאן דלרחים (MAKAN DELRAHIM)

עוזר התובע הכללי

מחלקת הגבלים עסקיים

משרד המשפטים של ארצות הברית

פרשנות כפי שהוכנה להרצאה באוניברסיטת חיפה

חיפה, ישראל

17 באוקטובר 2018

---

<sup>1</sup> ראו האבנים המתגלגלות, "1981" (Start Me Up).

ערב טוב.

תודה לפרופ' גל, לאוניברסיטת חיפה, למרכז למשפטים וטכנולוגיה ולמרכז לחקר סייבר משפט ומדיניות על ההזדמנות שניתנה לי לשוחח איתכם היום. לעונג ולכבוד לי להימצא כאן בישראל, ובמוסד ראשון במעלה כמו אוניברסיטת חיפה.

## I. הגבלים עסקיים וחדשנות

בהתחשב במארחי האירוע, חשבתי שמן הראוי לדבר על הגבלים עסקיים ועל חדשנות בכלכלה הדיגיטלית של ימינו.

חדשנות היא נושא שהוא קרוב לליבי ויקר לליבי. כעורך דין לרישום פטנטים בעברי, ראיתי מקרוב את הכוח הדינאמי של חדשנות ואת החשיבות שבמתן התמריצים הנכונים לאנשים שיוצרים. בזכות ההערכה ארוכת השנים של החדשנות באמריקה, היא החליטה להגן על המחזיקים בפטנטים במסגרת חוקת ארה"ב שאושרה ב-1789. גם למחלקת הגבלים העסקיים של משרד המשפטים האמריקאי יש היסטוריה ארוכת שנים של עניין רב בקידום החדשנות, וזה מתבטא במדיניות התחרות והאכיפה שלה. דבר אינו מקדם טוב יותר את טובת הצרכן מן השיפורים הדינאמיים שמקורם בחדשנות.

רשימת הישגים של חדשנות מוצלחת היא משהו המשותף לישראל ולארצות הברית. באותו אופן שעמק הסיליקון משמש כחממה של יצירתיות לחברות סטארט-אפ, ישראל הפכה למרכז של יזמות וחדשנות. ישראל היא ביתם של אלפי חברות סטארט-אפ חדשניות, והיא מקום מושבם של מרכזי מו"פ של חברות טכנולוגיה מובילות רבות של ארצות הברית.

צרכנים אמריקאים צריכים להודות לישראל על לא מעט חידושים פורצי דרך במגוון תעשיות. תחבורה היא דוגמה אחת. Waze הוא יישום תחבורה וניווט מוביל בשיטת מיקור-המונים, שפותח בישראל. הודות ל-Waze, הנהגים ברחבי ארצות הברית יכולים להימנע מפקקים ולנסוע בדרך המהירה ביותר. Via, חברת שיתוף הנסיעות שנוסדה בישראל, מתחרה ב-Uber וב-Lyft בסיוע לאנשים להתנייד בערים רבות בארצות הברית, לרבות וושינגטון הבירה. מאוחר יותר נמשיך לדבר על שיתוף נסיעות. חברת הסטארט-אפ הישראלית Mobileye, שנרכשה לאחרונה על ידי אינטל, משפרת את בטיחות הרכב באמצעות תוכנה המזהירה נהגים מפני סיכוני התנגשות והולכי רגל.

ישראל שיפרה גם את האופן שבו אנשים מתקשרים זה עם זה. החברה הישראלית VocalTech שיחררה ב-1995 את הפרוטוקול הראשון להעברת קול באינטרנט (VOIP). החברה הישראלית Mirabilis פיתחה והפיצה ב-1996 את ICQ (או "אני מחפש אותך"), שירות מסרים מיידיים שסלל את הדרך לשירותים כמו WhatsApp, Skype, AIM ואחרים. חידושים אלה העניקו לאמריקאים ולצרכנים אחרים, אמצעי התקשורת מהירים וחולים יותר עם הזולת ועם חברים ובני משפחה ברחבי העולם.

הטיפוח המוצלח של חברות סטארט-אפ בישראל תועד בספרם של דן סינור ושאוול זינגר מ-2009, 'מדינת

הסטארט-אפ':<sup>2</sup> בספר "מדינת הסטארט-אפ: מנוע הצמיחה הכלכלי של ישראל", סינור וזינגר בוחנים את הסיבות הפוטנציאליות שהביאו להצלחתה הכלכלית של ישראל, שנראית בלתי אפשרית לאור קוטנה של המדינה והיעדר של משאבים טבעיים בה. אולם הנשיא וראש הממשלה לשעבר שמעון פרס הסביר: "בישראל, ארץ נטולת משאבים טבעיים, למדנו להעריך את היתרון הלאומי הגדול ביותר שלנו: את המוחות שלנו. באמצעות יצירתיות וחדשנות הפכנו את המדבר השומם לשדות פורחים והיינו לחלוצים פורצי דרך בתחומי המדע והטכנולוגיה."<sup>3</sup> המטרה המרכזית של אכיפת חוק ההגבלים העסקיים היא להגן על השוק החופשי כדי לאפשר למוחות חלוציים מסוג זה לשפר את חיינו.

#### א. הקבלות בין ישראל לארצות הברית

כדי לטפח חדשנות, לאומה צריכה להיות סביבה תומכת עם הגורמים המשפטיים, הפוליטיים והחברתיים הנכונים. כפי שאמרו פרשנים, "חדשנים יכולים... ויעברו לאזורי שיפוט נוחים יותר לפעילות יזמית בהיבטים של משפט ותקינה."<sup>4</sup> לנוכח הצלחתן המשותפת בחדשנות, של ישראל וארצות הברית, הבחנתי בכמה הקבלות בין המדינות העשויות להסביר את הסיבה לכך.

ראשית, הן לישראל והן לארצות הברית יש כלכלה תומכת שוק ומבנים משפטיים התומכים במחדשים. יזמים מתמודדים עם פחות תקנות ומהמורת ביורוקרטיות מאשר בחלק מהמדינות האחרות, וקל להם יותר להשיק יוזמות עסקיות חדשות.

באמצעות שווקים חופשיים שמקורם בתרבות של תחרות וחדשנות, ישראל וארצות הברית מצליחות גם למשוך ולשמר את האנשים הטובים והמבריקים ביותר, בעלי המוטיבציה הגבוהה ביותר. מבנים משפטיים שקופים, לא מפלים וניתנים לחיזוי, לרבות מערכת משפט עצמאית, מאפשרים ליזמים לחקור משאבים. מדיניות ואכיפה של התנגדות למונופולים, כגון אלה הנהוגות בארצות הברית ובישראל, מסייעות עוד לקידום החדשנות ומבטיחות יושרה בשוק והזדמנות לכולם להתמודד על סמך תכונות ויכולות של החברות.

שנית, ובאותו הקשר, גם לישראל וגם לארצות הברית יש חוקים להגנה על זכויות קניין הרוחני. הגנה חזקה על קניין רוחני היא גורם מפתח לעידוד החדשנות ולשגשוגה. זכויות של קניין רוחני מעודדות השקעות במחקר ופיתוח. כפי שהזכרתי, זכויות קניין הרוחני הן זכויות בסיסיות כל כך לאמריקאים שהן מעוגנות בחוקה שלנו. החוקים הבלעדיים של קניין רוחני עולות בקנה אחד עם עקרונות ההגבלים העסקיים; שכן האפשרות לעשות רווחים על מונופול היא הגורם המניע את החדשנות ומיטיב בסופו של דבר עם הצרכנים.<sup>5</sup>

---

<sup>2</sup> דן סינור ושואל זינגר, מדינת הסטארט-אפ: מנוע הצמיחה הכלכלי של ישראל (2009).  
<sup>3</sup> L.A. TIMES (June 28, 2012), *Two states for two peoples*: Shimon Peres says, Shimon Peres <http://articles.latimes.com/2012/jun/18/opinion/la-oe-peres-middle-east-malaise-20120618>  
<sup>4</sup> Adam Thierer, *Innovation Arbitrage, Technological Civil Disobedience, and Spontaneous Deregulation*, THE TECHNOLOGY LIBERATION FRONT (Dec. 5, 2016), <https://techliberation.com/2016/12/05/innovation-arbitrage-technological-civil-disobedience-spontaneous-deregulation>.

<sup>5</sup> Makan Delrahim, Assistant Attorney General – Antitrust Division, "Protecting Free-Market Patent" ראו

ישראל וארצות הברית חתמו על הסכמים בינלאומיים המכירים בחשיבותו של משטר קניין רוחני לפיתוח כלכלי. שתיהן חתומות על "הסכם בדבר היבטי סחר של זכויות קניין רוחני" (ידוע גם כ-TRIPS). סעיף 14 ב"הסכם אזור סחר חופשי בין ישראל לארצות הברית", מאשר במפורש את המחויבות של כל אחד מהצדדים בכפוף להסכם בילטרלי ומולטילטרלי בנוגע לזכויות של קניין רוחני. השבוע שוחחתי עם מנכ"ל מיכל הלפרין, הממונה על הגבלים עסקיים בישראל, באפשרות להקים קבוצה בילטרלית בנושא של תחרות וזכויות קניין רוחני, כדי להרחיב את שיתוף הפעולה שלנו בנושא חשוב זה.

שלישית, הן בישראל והן בארצות הברית יש לאוניברסיטאות תפקיד מרכזי בקידום החדשנות. בארצות הברית, אוניברסיטאות כמו CalTech, MIT, Stanford, בין השאר, מובילות את החדשנות. זה נכון גם לגבי ישראל, עם אוניברסיטאות כמו אוניברסיטת חיפה, הטכניון והאוניברסיטה העברית, בין השאר. אוניברסיטאות לא רק מכשירות כוח עבודה בהקניית מיומנויות, אלא הן עצמן מגלמות תפקיד חשוב במחקר ופיתוח.<sup>6</sup> בשתי המדינות יש לאוניברסיטאות קשרים חזקים עם קהילת הסטארט-אפ החדשנית. המארחים שלנו הערב, "המרכז למשפטים וטכנולוגיה" ו"המרכז לחקר סייבר משפט ומדיניות", מייצגים שיתופי פעולה פוריים מסוג זה.

הקבלה רביעית בין ישראל לארצות הברית היא שלשתי המדינות יש מערכות הון סיכון נמרצות. גישה להון סיכון פירושה שממציאה מסוגלת לממן את הרעיון הגדול שלה גם אם אין ברשותה הון משלה. הקמת מערכות הון הסיכון שינו מהותית את אפשרות הקמתם ושגשוגם של עסקים חדשים.<sup>7</sup> יוזמות סטארט-אפ מסוגלות לפרוח בסביבות התומכות כספית, החל ממתן קֶסֶף לְרִיעָה ועד שלב מאוחר של מימון הון סיכון ועידוד רכישות של סטארט-אפים כאסטרטגיה לגיטימית לאגזיטים.

לבסוף, ואולי החשוב מכול, גם בישראל וגם בארצות הברית יש תרבות של נטילת סיכונים - אנשים שמוכנים להרחיב את גבולות האפשר. במילים אחרות, תרבות של חדשנות. בעולם העסקי יש אמרה פופולרית, "התרבות אוכלת את האסטרטגיה לארוחת הבוקר". וזהו יסוד שהודגש על ידי מנהיגים כגון אנדי גרוב, לשעבר מנכ"ל אינטל,<sup>8</sup> וג'ון דור, לשעבר משקיע הון סיכון.<sup>9</sup>

בספר *מדינת הסטארט-אפ*, דן סינור ושאל זינגר מתארים את תרבות החדשנות הזאת בישראל כחוצפה.<sup>10</sup> בעמק הסיליקון ישנה מנטרה דומה; להיכשל מהר ולהיכשל תכופות. כאשר הווארד שולץ ניסה לראשונה

---

available at ,Bargaining, Competition, and the Right to Exclude" (October 10, 2018)

<https://www.justice.gov/opa/speech/file/1100016/download>

<sup>6</sup> Singer & Senor note 1, at 210-211 *supra*, (מציינים את שאוניברסיטאות מובילות בישראל נוסדו עוד לפני קום המדינה).

<sup>7</sup> ראו שם. at 172.

<sup>8</sup> ראו Andrew S. Grove, HIGH OUTPUT MANAGEMENT (1983).

<sup>9</sup> John Doerr, MEASURE WHAT MATTERS :HOW GOOGLE, BONO, AND THE GATES

FOUNDATION ROCK THE

WORLD WITH OKRS

(2018).

<sup>10</sup> Singer & Senor *supra*, note 1, at 30.

לגייס כספים בשביל סטארבקס, 217 מ-242 המשקיעים שאליהם פנה סירבו לו.<sup>11</sup> חברת המכונות הראשונה של הנרי פורד, "חברת הרכבים בדטרויט", קרטעה ולבסוף פורקה לפני שהוא ייסד את "החברה המוטורית פורד".<sup>12</sup> חוצפה היא מרכיב חשוב בהדשנות. עלינו להיות מוכנים לקחת סיכונים ולהעז כדי לממש רעיון משוגע - גם אם הוא מסתיים בכישלון. אלברט אינשטיין אמר פעם, "אדם שלא טעה מימיו, לא ניסה מעולם משהו חדש". או כפי שאמר הממציא האמריקאי תומס אדיסון: "לא נכשלתי. רק מצאתי 10,000 דרכים שלא עובדות." יזמים אמריקאים, כמו ישראלים, אינם חוששים ליטול סיכונים, להיכשל, ללמוד מטעויות ולהתחיל שוב מהתחלה.

דימיון. החלטיות. אומץ. חוצפה. אלה האיכויות של יזמים אמריקאים וישראלים, ואלה המרכיבים של חדשנות אמיתית.

### **ב. מדיניות של הגבלים עסקיים המעודדים חדשנות**

חברות סטארט-אפ, לרבות חברות בישראל ובארצות הברית, מגלמות תפקיד חשוב בכלכלה הדיגיטלית של ימינו. במעגל התחרות הדינאמית, היכן ששווקים חופשיים שולטים, מונופול קיים עלול בקלות להיפגע ממתמודדים חדשים המציעים מוצרים חדשים וטובים יותר. בניגוד לכך, חברות סטארט-אפ עשויות להיות מוכנות יותר ליטול סיכונים במים שלא מופו. הסיכוי רב יותר שסטארט-אפ ייכשל, אולם יש לו גם סיכוי רב לספק את הקפיצה הטכנולוגית הגדולה הבאה קדימה.

אחדים מהחידושים הגדולים ביותר, מקורם בטכנולוגיות שטרפו את הקלפים ושינו את כללי המשחק. חישובי שוב על יישומים של שיתוף-נסיעות כמו Lyft, Uber ו-Via. מי היה מאמין לפני עשר שנים שצרכנים יהיו מוכנים לנסוע במכוניתו של אדם זר? ולמרות זאת, שירותים אלה חוללו מהפכה בתחבורה במרבית חלקי העולם.

עליי לציין שהופתעתי מכך שבישראל עדיין לא מאפשרים ל-Uber ול-Lyft לפעול. לפעמים נדרשת תחרותיות כדי להראות לרגולטורים שהצרכן ומקומות עבודה ירוויחו בגדול ממתחרים חדשים, גם אם פירושו שגורמים בשוק יאלצו להשקיע יותר בתחרות. בהתחלה נאלצנו להתגבר על אתגרים אלה במדינות ארצות הברית, כדי לאפשר תחרות מסוג זה עם המוניות. אבל לבסוף לא יכולנו לעמוד בפני היעילות וההטבות שהיו גלומות בכך.

באמצעות יצירתיות ומעט חוצפה, סטארט-אפ מסוגל לשנות מהותית את הסביבה התחרותית בשווקים דיגיטליים. Google הותירה מאחור כמה מנועי חיפוש קיימים, ו-Facebook עברה את MySpace. האיפון הותיר מאחור את בלקברי, מוטורולה ואחרים. נטפליקס עברה משמעותית את בלוקבאסטר והיא אחראית לתחרות הקשה בעולם הסרטים.

---

<sup>11</sup> *The incredible rags-to-riches story of Starbucks billionaire Howard Schultz*, Tanza Loudonback, BUSINESS INSIDER (Oct. 21, 2015), <https://www.businessinsider.com/howard-schultz-profile-2015-10>, CNN, (Nov. 19, 2008), *Seven famous people who survived bankruptcy*, Ethan Trex <sup>12</sup> <http://www.cnn.com/2008/LIVING/personal/11/19/mf.successful.people.survived.bankruptcy>

המעגל של תחרות דינאמית והחדשנות שמשנה את כללי המשחק מיטיבים ללא ספק עם הצרכנים. חדשנות מביאה לשוק סחורות ושירותים חדשים, מוזילה עלויות, מגבירה יעילות ומזינה את הצמיחה הכלכלית. השאלה אם כן היא, כיצד בכוחה של מדיניות ההגבלים העסקיים לעודד חדשנות מיטיבה זו ולהגן עליה? יש הטוענים שכדי להקל את התחרות על חברות סטארט-אפ, יש להחמיר את מדיניות ההגבלים ואת אכיפתה כנגד חברות מקוונות דומיננטיות. היו אף מי שהציעו לפרק חברות קיימות. עלינו לזכור שפלטפורמות גדולות היו פעם בעצמן סטארט-אפים, ולהיזהר בקבלת החלטות האכיפה שמא נפגע באותם תמריצי חדשנות שהתחרות אמורה להגן עליהם.

במחלקת ההגבלים העסקיים אנו ממשיכים לחקור נושא זה, ואנו מאמינים ביישום זהיר של חוקי הגבלים עסקיים תוך התחשבות בהשפעות קצרות הטווח וארוכות הטווח על חדשנות. עלינו לפעול רק לאור עדות חותכת לפגיעה בתחרות, מבלי לפגוע במתחרים הגונים. עלינו לאזן בין היעדים השונים כדי להגן על עצם היזמות והחדשנות, ובה בעת להיות מוכנים להתערב כאשר התנהגות אנטי-תחרותית משבשת את השוק החופשי. רשות ההגבלים הישראלית מכירה אף היא בצורך לשקול כיצד פעולותיה משפיעות על תמריצים וחדשנות. זה התבטא לאחרונה בחקירה שיזמה הרשות בנושאי תחרות והכלכלה הדיגיטלית.<sup>13</sup> אני מצדיע לישראל על המחשבה הרבה שהיא משקיעה בנושאים מורכבים אלה. הניסיון הרב של מנכ"ל רשות ההגבלים ושל היועץ הכלכלי הראשי של הממשלה מפיחים בי תקווה רבה שבדומה לנו, יש לכם צוות וגישה המשקיעים מחשבה רבה במגזר כלכלי זה.

## II. נתונים ותחרות

בזמן שנותר אתרכו בנושא קשור ורלוונטי מאוד לחברות סטארט-אפ ולחדשנות: נתונים או "נתוני עֵתֶק".

נתונים נקראים "חומר הגלם החדש של עסקים: גורם כלכלי חשוב כמעט כמו הון וכוח עבודה."<sup>14</sup> לאור החשיבות הגוברת של נתונים - כולל מה שאחדים מכנים "נתוני עֵתֶק" - הם הפכו לנושא פופולרי בדיונים על מדיניות תחרותית בכלכלה הדיגיטלית.

מהנדס אמריקני בעל השפעה, ויליאם אדוארדס דמינג, אמר פעם: "אנחנו בוטחים באלוהים; כל השאר צריכים להביא נתונים". כמובן, לזכותו של דמינג נזקף שיפור תהליכים הנדסיים שעזרו ליפן להפוך למעצמה חשובה אחרי מלחה"ע השנייה, והנשיא רייגן העניק לו ב-1987 את "עיטור הטכנולוגיה".<sup>15</sup> יש מי שהביעו חשש שהצטברות של כמות רבה של נתונים עלולה לתת לחברות יתרון לא הוגן או לשים

<sup>13</sup> *Competition Issues in the Digital Economy Inquiry*, Israel Antitrust Authority <http://www.antitrust.gov.il/eng/subject/177/item/35246.aspx>

<sup>14</sup> *A Competition Law Approach to Is Big Data a Big Deal*, Lars Kjolbye & Greg Sivinski, Alex Okuliar *EURO*, *Big Data*, *Data, data everywhere*, COMPETITION L. J. 199 (2017) (quoting Kenneth Cukier, *THE ECONOMIST* (Feb. 25, 2010).

<sup>15</sup> ככלל ראו Andrea Gabor, *THE MAN WHO DISCOVERED QUALITY* HOW W. EDWARDS DEMING BROUGHT THE QUALITY REVOLUTION TO AMERICA – THE STORIES OF FORD, XEROX, AND GM (1990).

מחסומים בפני כניסות לשוק. הם תמכו בהתערבות אגרסיבית יותר של רשות ההגבלים עסקיים, לרבות דרישה שפלטפורמות מקוונות גדולות יחלקו נתונים עם מתחרים קטנים יותר.

קריאות אלה לחוקים קטגוריים חדשים בנושא הנתונים במדיניות התחרות, מתעלמות מן העובדה שלא כל הנתונים זהים. "נתונים" יכול להתייחס למידע מסוגים שונים, החל ממקורות שונים, שמשמשים חברות בצורות שונות. לא כל "נתוני עתק" הם דבר "רע", כשם שלא כל חברה גדולה היא רעה. אכן, באופנים רבים צבירת נתונים מניעה חדשנות ומיטיבה עם הצרכנים.

לכן אני נזהר מטענות ש"נתוני עתק" מהווים בהכרח מחסום בפני כניסה לשוק או שבפני עצמם הם מהווים עדות לכוח שוק או ליתרון לא הוגן. רשויות של הגבלים עסקיים צריכות להעריך את ההבדלים הקיימים בנתונים, ולהעריך כל מקרה לגופו בנושא של נתונים.

#### **א. התועלת של נתונים פרו-תחרותיים**

איסוף נתונים על ידי שירותים מקוונים, הנעשה בכפוף למדיניות הפרטיות, עשוי למעשה להניב תועלת תחרותית מהותית.

איסוף נתונים עשוי להועיל לצרכנים בצורת שיפור של סחורות ושירותים קיימים ובצורה של יצירת סחורות ושירותים חדשים. פלטפורמות ויישומים משלבים כמויות גדולות של נתונים עם טכנולוגיה כדי ליצור את אחד החידושים החשובים ביותר של הכלכלה, לרבות באבחונים רפואיים, בתחזית מזג האוויר, בבטיחות בתחבורה ובתרגומי שפות. לחידושים אלה השפעה מהותית כמעט על כל היבט בחיי היומיום שלנו, ובזכותם אנו נהנים מהרבה גורמי נוחות שהתרגלנו לראותם כמובנים מאליהם.

חשבו למשל על יישומים של מיקור-המונים כמו Waze. ככל ש-Waze אוגרת יותר נתונים באמצעות משתמשיה, משתפרים השירותים שלה לנהג. צרכנים עשויים להיות מוכנים להחליף נתוני מיקום תמורת היכולת להימנע מפקקי תנועה וממפגעים בכביש. צבירת נתוני תנועה אפשרה את השקתה של Waze, והיא ממשיכה לעזור ל-Waze לשפר את איכות השירות שהיא מציעה.

נתונים יכולים גם להגביר את התחרות. שירותים של השוואת מחירים, למשל של טיסות, בתי מלון, קניות ונדל"ן, אוספים נתונים ממוכרים שונים ומספקים לצרכנים דרך קלה להשוואת מוצרים ושירותים. השקיפות הגוברת הזאת מפעילה לחץ תחרותי על המוכרים, הן בתעשיות הדיגיטליות והן בתעשיות המסורתיות. פלטפורמות מקוונות משתמשות בנתונים גם כדי להפיק רווחים משירותיהם, תכופות באמצעות פרסום ממוקד. כתוצאה מכך פלטפורמות יכולות להציע את שירותיהן למשתמשים במחיר נמוך, ולעתים חינם.<sup>16</sup> במסירת הנתונים שלהם, צרכנים יכולים להימנע מהצורך לשלם עבור מגוון שירותים שימושיים כגון חיפוש, מפות, מדיה חברתית ומוזיקה. ברור שהעדפות המשתמשים עשויות להשתנות במהלך הזמן, לאור החשיבות השונה שהם מייחסים לפרטיותם, ואנו עושיים לראות שווקים חדשים שיופיעו על סמך העדפות חדשות

<sup>16</sup> MASON L. REV. 23 GEO, *Antitrust and Regulating Big Data*, Roisin Comerford & D. Daniel Sokol, 1129, 1147-51 (2016) ("Perhaps the most obvious and pervasive benefit to be realized in the Big Data era

מאמר שנכתב לאחרונה ניסה לכמת את המחירים שיהיו מוכנים לשלם לאנשים, בממוצע, כדי שהם יוותרו על שירותים דיגיטליים מקוונים מסוימים שנדמים לעתים חינמיים. המחקר דיווח שממוצע התשלום לאדם יהיה מעל \$ 3,000 בשנה, כדי שיוותר על שירותי מיפוי דיגיטליים, וסכום עתק של \$ 17,000 בשנה כדי שיפסיק להשתמש במנועי חיפוש מקוונים.<sup>18</sup> כשבוחנים זאת לעומק מתברר שצרכנים אינם מוסרים נתונים ללא תמורה; הם מוסרים מידע כדי לקבל שירותים רבי ערך.

אבל אין לבלבל חילופי ערך אלה עם מחיר כספי. רבים מהשירותים המקוונים ניתנים למשתמשים חינם, ולכן אנו מתפתים להשתמש ב"נתונים" כתחליף לתשלום בבואנו להחליט את ההשפעות האנטי-תחרותיות של מיזוג או של התנהלות. אולם לצרכנים יש העדפות שונות בכל הנוגע לשיתוף במידע שלהם. לכן אין עדיין ערך אחיד ל"נתונים". אין לקבוע בהכרח שככל שפלטפורמה מחלצת יותר נתונים מהצרכן, "המחיר" שהצרכן שילם הוא גבוה יותר. במקרים אחדים יותר נתונים עשויים להיות טובים יותר עבור הצרכנים.

### **ב. נתונים הם לא בהכרח מחסום בפני כניסה לשוק**

רוב האנשים מסכימים שנתונים מפיקים הטבות משמעותיות, אולם אחדים טוענים שהטבות אלה הן כל כך מהותיות שנתונים מעניקים לפלטפורמות מקוונות גדולות יתרון אדיר. אולם יש כמה סיבות לכך שנתונים - אפילו נתונים בכמויות גדולות - לא בהכרח יפעלו כמחסום כניסה לשוק דיגיטלי.

ראשית, נתונים הם תכופות "ללא-יריבות", מונח פלצני שפירושו שצרכן יכול למסור את אותם נתונים לחברות רבות. שימוש של חברה אחת בנתונים אינה מפחיתה את זמינותם לשאר. למשל, אין גבול למספר הפעמים שביכולתכם לשתף אחרים בשמכם ובכתובת הדוא"ל שלכם. העובדה שמסרתם את השם וכתובת הדוא"ל ל-Google אינה מונעת מכם למסור אותם גם ל-Wall Street Journal, ל-Facebook או למתחרה חדש בתכלית.

זה שונה מכסף. אם תשלמו \$10 עבור מוצר, לא תוכלו לשלם באותם \$10 למתחרה אחר. צרכנים יכולים לספק מידע בסיסי על עצמם כמה פעמים שהם רוצים, מבלי לפגוע בהכנסתם. שנית, נתונים הם זמינים מאוד ואיסופם זול. כיום, אפילו עסקים קטנים יכולים בקלות ובזול לאסוף מידע בעצמם או לרכוש נתונים מספקי צד-שלישי. שיפורים טכנולוגיים מקלים גם כן על איסוף, מניפולציה, ניתוח ואחסון נתונים בכמויות גדולות.

שלישית, לרוב הנתונים יש חיי מדף קצרים. בעוד שמפרסמים מעוניינים מאוד לדעת מה צרכנים מחפשים בכל רגע נתון, ערכם של אותם נתונים ירד בהרבה בתום שבוע, חודש או שנה מעתה. כשם שתחזית מזג האוויר של אתמול לא תעזור לכם להחליט אם תצטרכו היום מטריה, העובדה שבשבוע שעבר אירעה תאונת דרכים לא בהכרח תעזור לנוסעים למחרת היום. והיכן שנתונים מתיישנים במהירות, מצטרפים חדשים לשוק

<sup>17</sup> ראו MASON L. REV. 23 GEO, *Antitrust and Regulating Big Data*, Roisin Comerford & D. Daniel Sokol 1129, 1147-51 (2016) ("Perhaps the most obvious and pervasive benefit to be realized in the Big Data era Using Massive Online Choice Experiments to Measure Changes in Well-Being", Erik Brynjolfsson, et al <sup>18</sup> ראו <http://www.nber.org/papers/w24514>, NBER WORKING PAPER No. 24514, (April 2018), *Being*



עשויים להימצא באותה עמדה כמו מי שקיים בשוק ולו מצבור גדול של נתונים היסטוריים. רביעית, בהרבה פלטפורמות ועסקי היי-טק מקוונים, נתונים הם קלט ולא המוצר עצמו. כמו עם סוגי קלט אחרים, כגון כוח עבודה והון, מצטרף חדש לא בהכרח יזדקק לאותו סוג או כמות של נתונים כדי להתחרות בהצלחה בגורם הקיים.

כמות הנתונים לבדה אינה הופכת מוצר או שירות לטוב יותר. זה תלוי במה שהחברה עושה עם הנתונים. ההיסטוריה של הסטארט-אפים הישראליים והאמריקאיים מפגינה שנתונים הם לא בהכרח מחסום בלתי-עביר למתמודדים חדשים. למשל, בתחילת דרכם של Facebook או Uber לא היו להם מצבורים של נתוני משתמשים. רק בזכות מתן שירותים חדשניים ואטרקטיביים הצליחו פלטפורמות אלה לצבור את כמויות הנתונים שברשותם היום. החדשנות הגיעה ראשונה, והנתונים הגיעו לאחר מכן.

אין פירושו של כל זה שחברות עם כוח שוק לעולם לא יוכלו להשתמש בנתונים בדרכים שהן אנטי-תחרותיות. אולם רשויות ההגבלים העסקיים ממשיכות לעמוד על המשמר כדי לגלות היכן חברות משתמשות בנתונים לצורכי קנוניה או כדי להפריע לתהליך התחרות.

### ג. שיתוף נתונים כפוי עלול לפגוע בחדשנות

לאור ההכרה בתועלת שבנתונים, יש הטוענים שיש לדרוש מחברות מובילות לחלוק נתונים עם מתחרים קטנים יותר. הם טוענים שסירוב של פלטפורמה דומיננטית לחלוק מידע הוא אנטי-תחרותי. אולם בארצות הברית איננו נוהגים לדרוש מחברות, אפילו מחברות דומיננטיות, להתמודד עם מתחרים. אני עצמי טרם השתכנעתי שעלינו לאמץ כללים אחרים בנוגע לנתונים.

בתור אוכפי הגבלים עסקיים, איננו מתנגדים לכך שחברה תשתלט על שוק באמצעות תחרות גרידא, לרבות באמצעות איכות מעולה או מחירים נמוכים יותר. כשם שכתב השופט לרנד האנד (Learned Hand) במקרה של *Alcoa* ב-1945: "אין 'לרדת' על המתחרה המצליח, אחרי שאילצו אותו להתחרות."<sup>19</sup> אין להעניש חברה שצברה נתונים על הצלחתה, לאחר שיצרה מוצר חדשני או יעיל יותר, בכך שנאלץ אותה לחלוק עם מתחריה את פרי עבודתה והשקעתה. שיתוף כפוי של נכסים קריטיים פוגע בתמריץ להשקיע בחידושים. כפי שצינינו בבית המשפט העליון שלנו: "אילוץן של חברות כאלה לחלוק את מקורות היתרון שלהן סותרת במידת מה את מטרתם של חוקי ההגבלים העסקיים, שכן זה עלול לפגוע ברצון של בעלת המונופול, של היריבה או של שתיהן להשקיע באותם מתקנים המועילים כלכלית."<sup>20</sup>

בית המשפט העליון שלנו אמר עוד והזהיר: "שיתוף כפוי... דורש מבתי משפט לענייני מונופול לפעול כמתכננים מרכזיים, תוך זיהוי המחיר או הכמות הראויים ותנאים נוספים של מסחר - תפקיד שהם לא בנויים למלא."<sup>21</sup> סוכנויות ההגבלים העסקיים ובתי המשפט אינם מצוידים לקבל החלטות בשאלה כמה נתונים יש לחלוק, עם מי ובאיזה מחיר. לעומת זאת השוק החופשי מסוגל לעשות זאת.

<sup>19</sup> United States v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416, 430 (2d Cir. 1945) (L. Hand, J)  
<sup>20</sup> Verizon Commc'ns, Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398, 407-408 (2004)  
<sup>21</sup> Id. at 408.

לכסוף, שיתוף נתונים כפוי בין מתחרים מוליך למה ששופט בית המשפט העליון סקליה (Scalia) כינה "הרוע בהתגלמותו של הגבלים עסקיים: קנוניה".<sup>22</sup> רשויות הגבלים עסקיים צריכות במקום זאת לעודד חברות להתחרות זו בזו באגרסיביות.

התרה של הפקת תועלת על חשבון הזולת פוגעת גם ברצונם של השחקנים החדשים לפתח מקורות מידע משלהם או להמציא טכנולוגיות המשנות את כללי המשחק. מתן גישה בכפייה פוגע בתמריצים עתידיים להשקיע בחדשנות שמטרתה להתחרות על השוק במקום להתחרות כמוך השוק. זה נכון גם ברישוי הכפוי של זכויות קניין רוחני, מה שפוגע בתמריצי המתחרים "להמציא סביב" הפטנטים.

אולם זהו תהליך של "להמציא סביב" וליצור טכנולוגיות המשנות את כללי המשחק - מה שכונה בפי הכלכלן ג'וזף שומפטר "סופה בלתי פוסקת של הרס יצירתי"<sup>23</sup> - מוביל לחידושים ולהטבות הגדולות ביותר לצרכנים ולחברה.

#### **ד. ההשלכות של מדיניות ההגבלים העסקיים**

דוח של "ארגון לשיתוף פעולה ולפיתוח כלכלי" (OECD) מ-2017 על "נתוני עתק" הגיע למסקנה ש"משום ש'נתוני עתק' אינם מזיקים באופן סיסטמטי ועשויים למעשה להביא להטבות מהותיות לצרכנים, יש לבסס כל פעולה של סוכנויות לעידוד התחרות על הוכחות לנזק שנגרם לתהליך התחרותי".<sup>24</sup> אני מסכים.

יש לבחון בזהירות את ההשפעות התחרותיות של נתונים, בהקשר של נסיבות עובדתיות ולאור הדינמיקה התחרותית הכוללת. לא רק חברות נושאות במחיר של "חיובי גיוי", אלא גם הצרכן סובל אם פוגעים בחידוש. אם סוכנויות ההגבלים יתחילו למנוע מחברות לרכוש כמויות גדולות של נתונים, זה עלול למנוע או לעכב התקדמות טכנולוגית חשובה.

בכל מקרה, מחדשים אינם פטורים מחוקי ההגבלים העסקיים. אפילו מחדשים מסוגלים להתנהל בצורה אנטי-תחרותית. כשהם עושים זאת, רשויות ההגבלים העסקיים חייבים להתערב כדי להגן את השוק החופשי. האתגר של רשויות ההגבלים הוא להפריד מקרים הדורשים בדיקה מדוקדקת יותר מכלל המקרים שבהם איסוף מידע הוא פרו-תחרותי או לפחות תחרותי שפיר.

#### **V. סיכום**

תחרות וכלכלה דיגיטלית אינן אתגר ייחודי לישראל. עם הגלובליזציה של המסחר (ואינטרנט ללא גבולות), כדאי להיעזר בדיאלוג בינלאומי בנושאים חשובים אלה. הגעתי לכאן היום מפגישה של קרטל "רשת התחרויות הבינלאומית" (ICN) בתל אביב, עוד דוגמה לכך ששיתוף פעולה בינלאומי באכיפת הגבלים עסקיים הוא חשוב מאוד ואפקטיבי מאוד.

אני מצדיע לישראל ולרשות ההגבלים שהם מוכנים לשקול דעות מרחבי העולם בשאלה כיצד להתמודד

<sup>22</sup> Id.

<sup>23</sup> Joseph A. Schumpeter, CAPITALISM, SOCIALISM, AND DEMOCRACY 84 (1942)

<sup>24</sup> נתוני עתק: OECD (April 26, 2017), *Bringing Competition Policy to the Digital Era*

[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M\(2016\)2/ANN4/FINAL/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/M(2016)2/ANN4/FINAL/en/pdf)

באתגרים אלה, ואני מודה על ההזמנה מאוניברסיטת חיפה כדי לחלוק היום דעות אלה שלנו.  
כפי שהזכרתי בתחילת נאומי, יש הרבה הקבלות בין ישראל לארצות הברית והן עשויות להסביר את  
הצלחתן בטיפוח החברות החדשניות ביותר בעולם. הצלחה זאת נזקפת לזכות הסביבה של שתי המדינות התומכת  
במדיניות, באנשים ובתרבות שמטפחים ומתגמלים מחדשים, נוטלי סיכונים, חלוצים וחוצפה.  
תודה.