

# משרד המשפטים



---

## ”...וצדק לכל”<sup>1</sup>: אכיפת הגבלים עסקיים ושומרי סף דיגיטליים

מקאן דלראהים  
עוזר היועץ המשפטי לממשלה  
חטיבת ההגבלים העסקיים  
משרד המשפטים האמריקאי

הערות כפי שהוכנו לנאום בכנס הגבלים עסקיים גבולות חדשים:  
הכלכלה הדיגיטלית וריכוזיות כלכלית

תל אביב, ישראל

11 ביוני 2019

צהריים טובים. תודה לך, מיכל, על ההקדמה הזאת ותודה לברק אורבך ולשאר מארגני הכנס שהזמינו אותי לדבר אתכם היום. בראש ובראשונה, אני רוצה לשבח את כולכם על שהעליתם לסדר היום נושא כה רלבנטי ומעורר מחשבה כמו נושא האכיפה של ההגבלים העסקיים בכלכלה הדיגיטלית.

באוקטובר אשתקד הייתה לי הזכות לדון בנושא הגבלים עסקיים, חדשנות ו"ביג דאטה" באוניברסיטת חיפה. מאז, רשות ההגבלים העסקיים הייתה עסוקה. הזמנו אנשי אקדמיה ומומחי תעשייה בולטים למחלקה לדון בכלכלה הדיגיטלית, וארחנו סדנת פרסום שחקרה, בין היתר, את התחרות ברשתות הפרסום המקוונות והניידות. אנחנו עובדים קשה למען הצרכנים והשווקים החופשיים הודות לצוות המוכשר של רשות ההגבלים העסקיים.

כעורך דין פטנטים שהפך לעורך דין בתחום ההגבלים העסקיים, אני שמח לראות את הדרכים הרבות בהן שישראל מקדמת תחרות לטיפול מערכת אקולוגית של חדשנות. אנחנו בארצות הברית יודעים את כוח הטרינספורמציה של ההמצאה. מדיניות ברורה, המגובה על ידי שלטון החוק, ושוקים הנשלטים על ידי תחרות אפשרו לארצות הברית להיות "ערש של חדשנות". ישראל בהחלט תרמה - וממשיכה לתרום - לרווחת האנושות באמצעות פריצות הדרך הטכנולוגיות המדהימות שלה בתחומי הרפואה, התקשורת ומידענות. אני מברך אתכם ומעודד אתכם להמשיך לדחוף קדימה. כל העולם מרויח מיצירתיות ותחכום.

כפי שאתם יודעים היטב, טכנולוגיות דיגיטליות משפרות את חיינו במספר רב של דרכים. הן מאפשרות אספקת מוצרים ושירותים באופן מהיר, טוב וזול יותר. הן יכולות להפוך עסקאות ליעילות יותר. ופלטפורמות דיגיטליות, בפרט, יכולות להפחית את עלות ההשתתפות בשוק עבור סוגים מסוימים של מוכרים, כולל עובדים.

הכלכלה הדיגיטלית היא עובדה קיימת, אבל היא לא מתאימה לכולם. יש דיון ציבורי איתן בשאלה אם הכלכלה הרחבה יותר, אשר ללא ספק השתנתה על ידי טכנולוגיות דיגיטליות, מועילה לכולם. בעוד כמה פרשנים ניסו להיעזר

---

<sup>1</sup> ראה מטליקה, ... וצדק לכל, ב ... וצדק לכל (Elektra Records 1988).

בדיני ההגבלים העסקיים לטפל בבעיות אלה, אני לא מאמין שניתן לכופף את חוקי ההגבלים העסקיים בשביל ערכים שאינם ערכי תחרות. כפי שהסביר השופט בלאק במשפט נורת'רן פסיפיק ריילווי נגד ארה"ב, חוק שרמן, חוק ההגבלים העסקיים הראשון שלנו בארה"ב, "נועד לשמר תחרות חופשית ובלתי מוגבלת כמו חוק הסחר" ו"המדיניות שנקבעה באופן חד-משמעי על ידי החוק היא תחרות."<sup>2</sup>

לכן, השאלה הנכונה היא האם שוק מוגדר הוא תחרותי. זהו התחום של דיני ההגבלים העסקיים.

ולמרות החוקים האלה, המצב הנכחי מראה שיש רק שחקן אחד או שניים חשובים במרחבים דיגיטליים חשובים, כולל חיפוש באינטרנט, רשתות חברתיות, מערכות הפעלה ניידות ושולחניות ומכירות ספרים אלקטרוניים. זה נכון גם בשוקי אינפוט מסוימים. לדוגמה, רק שתי חברות מחזיקות בחלק הארי של שוק ההוצאות על מודעות מקוונת.

אנו יודעים כי בכמה שווקים יש השתתפות של מספר קטן של חברות מסיבות שאין להם שום קשר עם כישלון התחרות. אף על פי כן, השווקים הדיגיטליים אינם אטומים לעסקאות לא תחרותיות, להגבלות בלתי חוקיות, ולהשגה או שימוש שלא כדין בכוח מונופוליסטי. במשך שנים רבות, רשות ההגבלים העסקיים לקחה על עצמה את המשימה לחקור האם השווקים במגזר כלכלי חשוב זה הם תחרותיים.

כאשר קיימים חששות מבוססים כי עסקה או פרקטיקה עסקית אינם תחרותיים, אכיפה אפקטיבית ובזמן המתאים היא הכרחית. ואם לצטט את אורין האץ', היו"ר האגדי לשעבר של הוועדה השופטת של הסנאט של ארה"ב, "אכיפה אפקטיבית ומתמדת היום של חוקי ההגבלים העסקיים עדיפה על היד הכבדה של הרגולציה הממשלתית של האינטרנט מחר."<sup>3</sup> אנחנו יודעים זאת ממקור ראשון. אחרי הכול, תיק ההגבלים העסקיים המוצלח של הממשלה נגד מיקרוסופט סלל את הדרך לחברות כמו גוגל, יאהו, ואפל להיכנס לשוק עם מוצרי הדסקטופ והמוצרים הניידים שלהם.

למרבה המזל שלנו בארצות הברית, הגברים והנשים המסורים של מחלקת השירותים הפיננסיים והשירותים של רשות ההגבלים העסקיים הם מומחים בצומת החוקים בין תחרות וטכנולוגיה, ונמצאים בחוד החנית של אכיפת חוקי ההגבלים העסקיים בשוקי היי-טק ושווקים דיגיטליים במשך עשרות שנים.

---

<sup>2</sup> 365 U.S. 1, 4 (1958).

<sup>3</sup> נח שכטמן, שיחה על הגבלים עסקיים, וויירד,

<https://www.wired.com/1998/09/talking-the-talk-on-antitrust> (17 בספטמבר, 1998).

אם נביט על אכיפת ההגבלים העסקיים בכלכלה הדיגיטלית, הבעיות המרכזיות שאוכפי ההגבלים העסקיים צריכים להתיר הן האם חברה צומחת בשל מחיר, איכות וחדשנות גבוהים, או האם עסקה כלשהי או פרקטיקה עסקית כלשהי הן, כשלוקחים הכול בחשבון, בלתי תחרותיות בנוגע למטרה והתוצאה.

אני לא מעמיד פנים שיש לי את כל התשובות היום. עם זאת, הייתי רוצה לתאר כמה אנלוגים היסטוריים, ולהציג כמה תרחישים שעשויים למשוך את תשומת הלב של רשות ההגבלים העסקיים.

## I. עבר הוא פרולוג

לארצות הברית יש היסטוריה ארוכה של הפרות אמון. מקרי עבר נגד ענקי התעשייה מלמדים את אוכפי ההגבלים העסקיים של היום שיעורים חשובים. אני אדון בקצרה בשלושה מהם.

הראשון הוא *סטנדרד אויל נגד ארה"ב*.<sup>4</sup> תן לי להודות עוד בהתחלה כי *סטנדרד אויל* הוא על עולם בהחלט לא דיגיטלי. חברת הנפט *סטנדרד אויל* הייתה ענק תעשייתי, אך עם זאת, הייתה מושא להערצה בשל הפטנטים הטכנולוגיים שלה ויכולותיה המסחריות. היא התבלטה בתקופה של שינוי מהיר, שעלה בקנה אחד עם המהפכה התעשייתית השנייה. היא גם העלתה את הערך של נפט ונפט מזוקק לצרכנים בדרכים טרנספורמטיביות ובלתי צפויות. אפשר למצוא קווים לדמיון בין הנסיבות הללו ובין ימינו. נקודה חשובה לציון, אנו חיים בתקופה שבה צרכנים מודעים יותר לעוצמה של נתונים דיגיטליים, אשר, על פי רבים, עשויה לבשר על המהפכה התעשייתית הגדולה הבאה.

*סטנדרד אויל* רכשה בתי זיקוק רבים בסוף המאה ה-19. חברות זיקוק שסירבו למכור את בתי הזיקוק שלהם הוצאו מהשוק לאחר שאחרות מכרו במחירים נמוכים יותר.<sup>5</sup> הורדת מחירים היא המהות של התחרות, כמובן, אבל *תיק סטנדרד אויל* ותיקים מאוחרים יותר בבית המשפט העליון סייעו לביסוס חוק: ישנם דברים מסוימים שמונפול אינו יכול לעשות. חברה אינה מפרה בדרך כלל את חוקי ההגבלים העסקיים רק משום שהיא מפעילה כוח שוק שהושג בדרך לגיטימית. אבל גם אם חברה משיגה עמדה מונופוליסטית באמצעים לגיטימיים, היא אינה יכולה לנקוט בפעולות שאינן מקדמות יעדים עסקיים סבירים, אלא נועדו להקשות על המתחרים להדביק את הקצב. בכמה הקשרים אחרים, התייחסנו למושג

---

<sup>4</sup> 221 U.S. 1 (1911).

<sup>5</sup> אותו מחבר 23.

זה כאל "מבחן אי-היגיון כלכלי".<sup>6</sup> מבחן זה בודק האם התנהלותו של המונופול הינה בעלת היגיון כלכלי, שנועד אך ורק לחסל או להפחית את התחרות.

הקבלה חשובה נוספת עבור חוקרים מודרניים היא כי הצרכנים למעשה נהנו ממחירים נמוכים יותר במהלך שיא הדומיננטיות של סטנדרד אויל. זה נגרם כנראה, בין היתר, בשל שילוב גורמים כמו יתרון הגודל, כוח מיקוח מעולה, וכן מחירי תשומה יורדים.<sup>7</sup> עם זאת, הדבר מראה כי אפקט המחירים הוא איננו המדד היחיד לפגיעה בתחרות על פי חוקי ההגבלים העסקיים של ארה"ב.

חדשנות היא גם ממד חשוב של תחרות. כמו ענקיות הטכנולוגיה של היום, סטנדרט אויל הייתה חלוצית ופיתחה מספר פטנטים חשובים. חוקרים ציינו, עם זאת, כי החדשנות של סטנדרט אויל הואטה ברגע שהפכה למונופול מבוסס.<sup>8</sup>

ארצות הברית תבעה בסופו של דבר את סטנדרט אויל על קשירת קשר לריסון ויצירת מונופול על סחר ומסחר בנפט, נפט מזוקק, ומוצרי נפט אחרים.<sup>9</sup> בית המשפט העליון הסביר כי "גאונותה של סטנדרט אויל בפיתוח מסחר וארגון אשר... באו לידי ביטוי בהתחלה החלה לאט לאט להוליד כוונה ותכלית להדיר אחרים אשר התבטא לעתים קרובות על ידי מעשים ועסקאות שלחלוטין לא עלו בקנה אחד עם... קידום פיתוח של כוח עסקי על ידי שיטות רגילות [..]"<sup>10</sup> סטנדרט אויל פורקה ל-34 חברות.

הקייס השני שאדון בו הוא *ארצות הברית נגד AT&T*, אשר הוגש בשנת 1974.<sup>11</sup>

חברת הטלפון והטלגרף האמריקנית ("AT&T") צמחה במידה רבה מתוך המצאת הטלפון. אלכסנדר גרהם בל הגיש את הבקשה הראשונה שלו לפטנט הטלפון ביום האהבה בשנת 1876. AT&T החלה בהתקנת רשתות טלפון, אשר בסופו של דבר הפכו להיות מקושרים, וברכישת מתחרים מקומיים על פני עשרות שנים.<sup>12</sup>

---

<sup>6</sup> ראה, למשל, תמצית של ארצות הברית כמו Amicus Curiae, וויהמדיה ושות' נגד קומקסט קורפוריישן, ואחרים, מס 18-2852 (ביהמ"ש לערעורים, ערכאה שביעית, 8 בנובמבר, 2018).  
<sup>7</sup> ראה פרדריק מ. שר, סטנדרט אויל כחדשנית טכנולוגית (הרווארד קנדי הוצאה, ממשלה, נייר עבודה מס RWP11-008, ינואר 2011).

<sup>8</sup> פרדריק מ. שר, חדשנות טכנולוגית וביסוס מונופול<sup>7</sup> (הרווארד קנדי הוצאה ממשלתית, נייר עבודה מס' RWP07-043, אוקטובר 2007) (מסביר כי פיתוח הפטנטים של סטנדרט אויל היה מהיר לפני שהחלה לרכוש מתחרים, כי פיתוח פטנטים לא הראה צמיחה משמעותית ושיעור אבסולוטי נמוך יותר בתקופת הדומיננטיות של סטנדרט אויל, וכי פיתוח פטנטים גדל לאחר פירוק החברה בשנת 1912).

<sup>9</sup> סטנדרט אויל, 221 U.S. 31.

<sup>10</sup> אותו מחבר 76.

<sup>11</sup> תלונה, ארצות הברית נגד AT&T, מס' (20) 74-1698 DD.C. (נובמבר 1974).

<sup>12</sup> ראה שר, סופרה הערה 8, ב-15.

זה היה גם דוגמה מוקדמת של השפעות הרשת. מאחר שרכשה מתחרים מקומיים וסירבה לחבר חברות עצמאיות לקווים ארוכי הטווח שלה, לקוחות השיגו ערך רב יותר על ידי עבודה עם AT&T.

ב-1913 התחייבה AT&T לממשלה כי היא תפרק את חברת ווסטון יוניון, תאפשר לחברות

טלפוניה עצמאיות להשתמש ברשת הטלפון שלה, ולא תרכוש חברות טלפון עצמאיות ללא אישור הממשלה.<sup>13</sup> היא שמרה על המונופול שלה במשך עשורת שנים לאחר מכן.

באופן מעניין, חברות עצמאיות התלוננו כי המחויבות מנעה מהם למכור את שירותיהם בתנאי יתרון עם AT&T.<sup>14</sup> ואכן, תלונה זו נשמעת לא פעם על סטארט-אפים שאסטרטגיית היציאה הפופולרית שלהם היא רכישה על ידי חברה גדולה באותו השוק או בשוק קרוב לו.

AT&T החזיקה עמדות כמעט כמו מונופול בציד הטלפון שלה ועסקי שירותי הטלפון שלה. אחזקתה של AT&T במונופולים הללו עוררה שורה של תביעות בהתאם לחוק ההגבלים עסקיים. ב-1974 תבעה ארצות הברית את AT&T על מונופוליזציה וניסתה להטיל עליה רשימה ארוכה של הגבלות פרקטיקה. החברה הגנה על שיטות העבודה שלה ועל המבנה ה"משולב" שלה בטענה שהיא הציעה לציבור מחיר מעולה, ביצועים, וחדשנות.<sup>15</sup> טענה זו לא צלחה. לאחר שנים של התדיינות משפטית, החברה הסכימה להתפרק למספר חברות מקומיות וארוכות-טווח - "פעמוני התינוק" - ב-1982 על ידי ממשלת רייגן.

לבסוף, אני רוצה לדון בארצות הברית נגד מיקרוסופט.<sup>16</sup> ב-1998 הגישה ארצות הברית תביעה

בטענה כי מיקרוסופט שומרת באופן בלתי חוקי על מעמדה המונופוליסטי בשוק מערכות ההפעלה האישיות של אינטל, בין היתר, על ידי הטלת מגבלות על יכולתם של יצרני ציוד מקורי (או OEM) ועל הצרכנים להסיר את ההתקנה של Internet Explorer ולהשתמש בתוכנות חלופיות כגון Netscape.

אינטרנט אקספלורר והדפדפנים המתחרים היו חנימיים לצרכנים. מיקרוסופט טענה כי שילוב

של חלונות ואינטרנט אקספלורר הוא תוצאה של חדשנות ותחרות- כי המוצרים היו קשורים באופן בל יינתק והצרכנים נהנו מקבלת אינטרנט אקספלורר ללא תשלום.

---

<sup>13</sup> ראה אותו מחבר, ב-15-16.

<sup>14</sup> אותו מחבר, ב-16.

<sup>15</sup> אותו מחבר, ב-21.

<sup>16</sup> 87 F. Supp. 2d 30 (D.D.C. 2000), *aff'd*, 253 F.3d 34 (D.C. Cir. 2001).

בית המשפט קבע כי למיקרוסופט היה מונופול בשוק למערכות הפעלה מסוימות של מחשב אישי, וכי היא נקטה בפעולות לשמירה על המונופול הזה נגד מתחרים כמו Netscape שאיימו על כוח השוק הזה, תוך הפרה של סעיף 2 לחוק שרמן.

אף על פי שמיקרוסופט לא פורקה לחברות קטנות יותר, ייתכן שתיק המונופוליזציה המוצלח של הממשלה נגד מיקרוסופט סלל את הדרך לחברות כמו גוגל, יאהו ואפל להיכנס לשוק עם מוצרי דסקטופ ומוצרים ניידים משלהם.

## II. לקחים ממונופולים היסטוריים

לארצות הברית יש היסטוריה ארוכה של הגבלים עסקיים בשווקים מתעוררים ושווקים מתקדמים טכנולוגית. התיקים שתוארו זה עתה מציעים קומץ של שיעורים חשובים לאוכפי החוק והעוסקים בו כאחד.

ראשית, כפי שתיק *מיקרוסופט* ופעולות אכיפה אחרות הקשורות לטכנולוגיות דיגיטליות מראים, ברשותנו יש כבר את הכלים הדרושים לאכיפת חוקי ההגבלים העסקיים במקרים של טכנולוגיות דיגיטליות. חוק ההגבלים העסקיים בארה"ב הוא גמיש מספיק כדי להיות מיושם על שווקים ישנים וחדשים.

מי שאומר שאנחנו צריכים חוקי הגבלים עסקיים חדשים או מתוקנים כדי לטפל בבעיות מונופול צריך להסתכל על ההיסטוריה ברצינות. מתברר שהחששות האמריקאים בנוגע למונופול היו קיימים עוד לפני החוקה עצמה.

באביב 1787 נפגש בפילדלפיה קוורום של נציגי ארצות הברית כדי לשנות את תקנון הקונפדרציה. בסתיו, הצירים הצביעו להחליף את החוקים בחוקה, אם כי זה לא יכול היה להיות מאושר עד 1789.

תלמידים טובים בהיסטוריה - ואוהדים מסורים של להיט ברודוי המוסיקלי *המילטון* - יזכרו שתומס ג'פרסון כיהן כשגריר ארה"ב בצרפת בתקופה זו. ב-20 בדצמבר, 1787 כתב ג'פרסון לחבר ג'יימס מדיסון על השקפותיו על טיוטת החוקה. הוא שיבח מספר היבטים של החוקה, כולל "הפרדת השלטון לרשויות חקיקה, שיפוט, והנהלה."<sup>17</sup> אבל הוא לא היה מרוצה מהמסמך כולו. הוא כתב: "עכשיו

---

<sup>17</sup> מכתב מתומס ג'פרסון לג'יימס מדיסון (20 בדצמבר, 1787), זמין בכתובת <https://founders.archives.gov/documents/Jefferson/01-12-02-0454>.

אוסף את מה שלא מוצא חן בעיני. ראשית, השמטה של מגילת זכויות המאפשרת בבירור וללא התחכמות חופש דת, חופש עיתונות, הגנה מפני צבאות עומדים, הגבלה על מונופולים, כוחם הנצחי והבלתי פוסק של חוקי הביאס קורפוס (חוקי הבאת עציר), ומשפט על ידי חבר מושבעים בכל הנוגע לעובדות הניתנת לשיפוט לפי חוקי הארץ ולא לפי חוקי האומות<sup>18</sup>.

מעולם לא קיבלנו את התיקון החוקתי שלנו נגד מונופולים. אף על פי שהסכמים בדבר הגבלת סחר ומונופולים היו אסורים עוד במשפט המקובל, הקונגרס העביר את חוק ההגבלים העסקיים הראשון שלנו, חוק שרמן, ב-1890.

באמצעות ניסוחם הכללי, והתמקדותם בתהליך תחרותי וברוחת הצרכנים, מאפשרים חוקי ההגבלים העסקיים לבתי המשפט בארה"ב להמשיך ליישם עקרונות משפטיים ולנמק את ההנמקות הכלכליות כדי לזהות פרקטיקות מזיקות שעל דיני ההגבלים העסקיים למנוע.

שנית, כדי להבין איזו התנהלות היא לא תחרותית ולכן בלתי חוקית, פועלת רשות ההגבלים העסקיים כדי להתמחות במציאות המסחרית של הכלכלה הדיגיטלית.

באופן כללי, בחלק מהשווקים הדיגיטליים התחרות היא על תשומת הלב של המשתמש או על קליקים. אם נסתכל על הדינמיקה המסחרית של חיפוש באינטרנט, לדוגמה, במונחים של ספרי דפי זהב שנמסרו לדלתות שלנו לפני דור, לא נוכל להעריך כראוי פרקטיקות ועסקאות היוצרות, משפרות או מבססות כוח שוק - ובמקרים מסוימים כוח מונופול.

כמו המונופולים ההיסטוריים, חברות הפועלות בשווקים דיגיטליים מבססות בדרך כלל על טכנולוגיה קניינית. המוצלחות ביותר מבקשות לבנות ולמנף רשתות המורידות עלויות תוך צבירת מספר גדול של לקוחות. בסופו של דבר, ככל שיותר שיש לפלטפורמה יותר לקוחות, כך הערך גבוה יותר עבור כל משתמש בנפרד. כלכלנים היו מתייחסים לתופעה זו כדוגמה להשפעות הרשת. במובנים רבים, AT&T ו-Microsoft מינפו השפעות רשת כדי ליצור או להגביה את חסמי הכניסה.

שלישית, אסור שמיצוב חכם יטשטש את מה שיכול להיחשב כהוכחה ברורה להפרת ההגבלים העסקיים. כאשר לחברה יש כוח שוק, אכפיים צריכים להיות זהירים לגבי התנהלות שאינה מקדמת באופן סביר מטרה עסקית לגיטימית ועסקאות המחסלות את התחרות. בהתאם למציאות המסחרית של

---

<sup>18</sup> אותו מחבר. (דגש הוסף).



שוק נתון, רשויות האכיפה עלולות לחשוף עובדות התומכות בבחינה ארוכת טווח יותר מן הרגיל של כניסה לשוק.

דבר אחרון, רשות ההגבלים העסקיים אינה רואה תחרות בראייה קצרת טווח. הקריאות האחרונות לרפורמת ההגבלים העסקיים, או לשינוי קיצוני יותר, מבוססות על התפיסה השגויה שמדיניות ההגבלים העסקיים עוסקת רק בשמירה על מחירים נמוכים. אבל זה מבוסס היטב שלתחרות יש ממדים הקשורים במחיר וכאלה שאינם קשורים במחיר.

האפקטים של המחירים בלבד אינם מספקים תמונה מלאה של הדינמיקה בשוק, במיוחד בשווקים דיגיטליים בהם המחיר למקסום רווחים הוא אפס. כפי שאמר לאחרונה העיתונאי פרנקלין פוור, "מי יכול להתלונן על המחיר שגוגל מחייבת אותך? או מי יכול להתלונן על המחירים של אמזון; הם פשוט נמוכים מהמתחרים".<sup>19</sup> פגיעה בחדשנות היא גם ממד חשוב של תחרות שיכולה להביא להשפעות מרחיקות לכת. שקול, למשל, מוצר שמעולם לא מגיע לשוק או שמוסר מהשוק עקב רכישה בלתי חוקית. על דיני ההגבלים העסקיים להגן על התחרות שתאבד גם בתרחיש זה.

בנוסף, איכות ירודה היא גם סוג של פגיעה בתחרות. לדוגמה, הפרטיות יכולה להיות ממד חשוב של איכות. על ידי הגנה על התחרות, אנו יכולים להשפיע על הפרטיות והגנה על נתונים. יתר על כן, שתי חברות יכולות להתחרות על הרחבת הגנות הפרטיות של מוצרים או שירותים, או על פתיחות גדולה יותר וחופש הדיבור בפלטפורמות. היכן שהתחרות דוחפת חברות לפתח אלמנטים איכותיים המספקים טוב יותר את העדפות הצרכן, האכיפה שלנו יכולה להגן גם על זה סוג של תחרות.

### **III. איזה סוג של סוגיות עשוי להעלות את חששותיהם של האוכפים?**

הרשו לי עכשיו להציע כמה הערות כלליות אך לא ממצות לגבי התנהלות אנטי תחרותית וסוגי עסקאות בשווקים דיגיטליים שיכולים לגרום לבחינה קפדנית על ידי הרשות להגבלים עסקיים בנסיבות מסוימות.

כמו בכל ענף, קטגוריות רחבות של התנהגות אנטי-תחרותית עשויות לכלול מונופוליזציה, כמו גם התנהלות מתואמת, טורפת, ומדירה המזיקה לתחרות.

---

<sup>19</sup> ניקולס תומפסון, פרנקלין פוור על השליטה בעוצמה של ביג טק, קווי, <https://www.wired.com/story/author-franklin-foer-on-controlling-the-power-of-big-tech> (אוקטובר 11, 2017).

רשות ההגבלים העסקיים עשויה להיראות אדישה להתנהלות מתואמת היוצרת או מגבירה את כוח השוק. חישוב למשל, על החקירה של הרשות להגבלים עסקיים לגבי הסכם הפרסום של יאהו! וגוגל בשנת 2008.<sup>20</sup> החברות נכנסו להסכם שהיה מאפשר ליאהו! להחליף חלק ניכר מפרסומות החיפוש שלה באינטרנט בפרסומות שנמכרו על ידי גוגל. מחקירת רשות ההגבלים העסקיים עלה כי ההסכם, אם ייושם, יפגע בשווקים של פרסום בחיפוש באינטרנט ובהפצה של תכני החיפוש באינטרנט, שבהם החברות היוו למעלה מ-90% מכל שוק, בהתאמה. ההסכם ננטש לאחר שרשות ההגבלים העסקיים הודיעה לחברות כי בכוונתה להגיש תביעה לחסימת יישום ההסכם.

קמניה היא לפעמים הסוג הקל ביותר לזיהוי של התנהלות אנטי-תחרותית, ובמיוחד בעבירות אנטי-תחרותיות של עצמן כמו סידור מחירים, זיוף הצעות מחיר, והקצאות בשוק. יש לציין, כי סוגים כאלה של התנהלות הם הפרות פליליות של חוק שרמן. בין השנים 2010 ו-2012 הגישה ארצות הברית תלונות נגד אדובי, אפל, אינטואיט, לוקספילם, אינטל, ופיקסר בטענה שהחברות התקשרו בהסכמים בלתי חוקיים שלא לגזול זז את עובדיה של זז, המהווים הפרות בוטות של סעיף 1 לחוק שרמן.

בלעדיות היא קטגוריה חשובה נוספת של התנהלות אנטי-תחרותית. לרשות ההגבלים העסקיים היסטוריה ארוכה של ניתוח התנהלות בלעדית בתעשיות המסורתיות, הן לפי סעיפים 1 ו-2 לחוק שרמן. ככלל, הסכם בלעדיות הוא הסכם שבו חברה דורשת מלקוחותיה לרכוש בלעדית ממנה, או מספקיה למכור בלעדית לה. ישנן וריאציות של הגבלה זה, כגון חוזי דרישות או הנחות נפח.

למען הדיוק, במקרים מסוימים, אלה יכולים להיות פרו-תחרותיים, במיוחד כאשר הם מאפשרים ליצרני ציוד מקורי וקמעונאים למקסם את התפוקה ולהתגבר על טרמפיסטים בעזרת שותפים חוזיים. בשווקים דיגיטליים, הם יכולים להיות מועילים למתחרים חדשים, במיוחד בשווקים המאופיינים בהשפעות רשת ומתחרה דומיננטי.

ואולם, הם יכולים גם להיות אנטי תחרותיים, כאשר חברה דומיננטית עושה שימוש בבלעדיות כדי למנוע כניסה או להפחית את יכולתם של יריבים להגיע לגודל הדרוש, ובכך באופן משמעותי נועלת את התחרות. הדבר נכון גם בשווקים דיגיטליים.

הקו המפריד בין הסכמי בלעדיות פרו-תחרותיים והסכמים שמעודו לנעול משמעותית את התחרות אינו תמיד קל לקביעה, אבל תיק כמו ארצות הברית נגד דנטספלי מעניק לנו מסגרת לנתח

---

<sup>20</sup> הודעה לעיתונות, מחלקת המשפטים של ארה"ב, רשות ההגבלים העסקיים יאהו! וגוגל נוטשות את הסכם הפרסום שלהן (5 בנובמבר, 2008), [https://www.justice.gov/archive/atr/public/press\\_releases/2008/239167.htm](https://www.justice.gov/archive/atr/public/press_releases/2008/239167.htm)

אותם.<sup>21</sup> במקרה זה, רשות ההגבלים העסקיים טענה כי דנטספלי, שהחזיקה כ-80%-70% מהשוק לייצור שיניים מלאכותיות, נכנסה להסכמי בלעדיות עם 30 עסקים עצמאיים. בית המשפט לערעורים של ארה"ב מהמחוז השלישי קבע כי החוזים מפרים את סעיף 2 לחוק שרמן משום שדנטספלי הייתה הבחירה הדומיננטית או הבלעדית של מפיצים מרכזיים. לפיכך, החוזים סייעו לדנטספלי לשמר את המונופול שלה ופגעו בתחרות על ידי הגבלת המכירות של יצרני שיניים מתחרים מתחת לרמה קריטית הנחוצה כדי להוות איום ממשי לנתח השוק של דנטספלי.

התיק של מיקרוסופט, כפי שתיארתי קודם לכן, הוא דוגמה מועילה לשאלה כיצד הסכמי בלעדיות בעייתיים עשויים להתרחש בשוקי הטכנולוגיה. פעולתה של מיקרוסופט בקשירת מערכת ההפעלה שלה "חלונות" לאינטרנט אקספלורר נועדה להרתיע יצרני ציוד מקורי ומשתמשים מלהסיר את שניהם, ובכך לפגוע בתחרות. תיאוריה זו תקפה במידה רבה לשוקי טכנולוגיה אחרים.

הנושא האחרון שאדון בו היום הוא עסקאות אנטי תחרותיות בכלכלה הדיגיטלית, במיוחד רכישות של חברות בשלב מוקדם. סעיף 7 לחוק קלייטון אוסר על מיזוגים ורכישות "כאשר ההשפעה עשויה להיות משמעותית כדי להפחית את התחרות, או נוטה ליצור מונופול".<sup>22</sup>

רכישות של מתחרים צעירים יכולות להיות פרו-תחרותיות במקרים מסוימים ואנטי תחרותיות במקרים אחרים. הן יכולות להיות מועילות במידה שהן משלבות טכנולוגיות משלימות או מביאות מוצרים ושירותים לשוק שאחרת לא היו הופכים זמינים לצרכנים. לא ניתן לתאר כאן את כל הדרכים בהן עסקה עלולה לפגוע בתחרות בשוק הדיגיטלי, אך אציין את הפוטנציאל לפגיעה אם מטרתה ותוצאותיה של רכישה הן לחסום מתחרים פוטנציאליים, להגן על מונופול או לפגוע בתחרות על ידי צמצום הבחירה של הצרכן, העלאת מחירים, צמצום או האטה של חדשנות, או הפחתת איכות. נסיבות אלה עשויות להעלות את חשדותיה של רשות ההגבלים העסקיים.

#### **IV. מסקנה**

בעוד שההגבלים העסקיים אינם תרופת פלא לכל אתגר שמציג השוק הדיגיטלי, רשות ההגבלים העסקיים לא תפחית מעבודתה הקריטית לחקור ולקרוא תיגר על עסקאות והתנהלות אנטי-תחרותיות, היכן שהדבר מוצדק.

---

<sup>21</sup> 399 F.3d 181 (בית משפט לערעורים מהמחוז השלישי 2005).

<sup>22</sup> 15 U.S.C. § 18.

הסיבה לכך היא שהיכן שהתחרות נפגעת, הצרכנים והשווקים מפסידים למחירים גבוהים יותר, איכות נמוכה יותר, שיעור חדשנות נמוך יותר, חופש ביטוי קטן יותר, ואפילו הגנת פרטיות מצומצמות יותר. הגנה על התחרות פירושה הגנה על כל אותם הממדים של תחרות.

בתמיכתו בחוק שבא לשאת את שמו, אמר הסנאטור שרמן: "אם איננו מוכנים להסכים למלך ככוח פוליטי, אל לנו להסכים למלך על ייצור, תחבורה, ומכירה של כל צרכי החיים. אם איננו נכנעים לקיסר, אל לנו להיכנע לאוטוקרט של סחר. . . ."<sup>23</sup>

רשות ההגבלים העסקיים עובדת קשה כדי להישאר נאמנה לחזון זה כיום.

תודה רבה.

---

<sup>23</sup> 21 קונגרס. רשומה (1890) 2457.