

ט"ז באדר התשפ"א  
28 בפברואר 2021

לכבוד  
רשות התחרות

**באמצעות דוא"ל: [digitaleconomy@competition.gov.il](mailto:digitaleconomy@competition.gov.il)**

שלום רב,

**הנדון: התייחסות מטעם איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר) לקול הקורא בעניין קידום  
רגולציה בין ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים**

איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר) ("איגוד האינטרנט")<sup>1</sup> מתכבד להגיש את התייחסותו לקול הקורא שפרסמה רשות התחרות בעניין קידום רגולציה בין ספקי שירותי תיווך מקוונים ומשתמשים עסקיים ("הקול הקורא").  
אנו מברכים את יוזמתה של רשות התחרות לבחון את הצורך בהסדרה של מערכת היחסים שבין שירותי תיווך מקוונים לבין המשתמשים העסקיים שלהם, ככל שזו צפויה לפגוע בתחרות או ברווחת ציבור הצרכנים. עם זאת נבקש להציע מספר תובנות באשר להסדרים המוצעים ועקרונות היסוד העומדים בבסיסם.

**I. מערכת היחסים בין מתווכים מקוונים למשתמשים עסקיים: דיני תחרות או הגנת צרכן?**

1. על מנת לספק מענה אפקטיבי ויעיל לדומיננטיות של שירותי תיווך מקוונים או מנועי חיפוש בזירת הכלכלה והמסחר העכשווית יש לפתח את התשתית הרעיונית המוצגת בקול הקורא ולאבחן בין שני מצבים שונים:
2. **הפלטפורמה (או ישויות הקשורות אליה) לא פועלת רק בשוק התיווך, אלא גם מתחרה בשווקים אחרים של שירותים או מוצרים בהם פועלים המשתמשים העסקיים שלה:** כפי שמצוין בקול הקורא, לעיתים המתווכים המקוונים פעילים גם "כמשתמשים עסקיים" על גבי הפלטפורמה שלהם עצמם ועשויים להתחרות במשתמשים עסקיים אחרים. הדוגמה הבולטת למצב זה היא חברת amazon, אשר פועלת כפלטפורמה לסחר מקוון (בין משתמשים עסקיים המעוניינים למכור את מוצריהם לבין משתמשים "רגילים" המעוניינים לרכוש מוצרים), אך פועלת גם כקמעונאית המתחרה במשתמשים העסקיים לה (ובשווקים נוספים כגון שילוח ולוגיסטיקה). דוגמה מובהקת נוספת היא חברות הטכנולוגיה המפתחות מערכות הפעלה למחשבים ומכשירים חכמים (Apple, Google, Microsoft) המפעילות חנויות אפליקציות כפלטפורמה, בהן עשויות להתחרות אפליקציות של הלקוחות העסקיים באלו של מפעילות הפלטפורמה. במצבים אלו עצמת החשש לפגיעה בתחרות

<sup>1</sup> איגוד האינטרנט הישראלי הוא עמותה בלתי תלויה וללא כוונת רווח, המנהלת תשתיות אינטרנט חיוניות בישראל כגון מרשם שמות המתחם המדינתי (.il) ומחלף האינטרנט הפנים-מדינתי (IIX), ופועלת לקידום ושמירה על עקרונות דמוקרטיים בפעולתו של האינטרנט כתשתית טכנולוגית, מחקרית, חינוכית, תרבותית ועסקית בישראל. למידע נוסף, ראו <https://www.isoc.org.il>.

ובצרכנים היא גבוהה במיוחד נוכח פערי הכוח והמידע העצומים בין הפלטפורמות הדומיננטיות לבין רוב המשתמשים העסקיים שלה ויכולת הפלטפורמה להכווין את המשתמשים לשירותים מתוצרתם.

3. **הפלטפורמה (או ישויות הקשורות אליה) אינן מתחרות במשתמשים העסקיים שלהן:** איום שונה ונפוץ על רווחת הצרכן מתקיים במודל הקלאסי בו פועלים מרבית שירותי התיווך המקוונים, אשר אינם מתחרים ישירות במשתמשים העסקיים שלהם אלא פועלים כגורם מתווך, לרוב חינמי לצרכן (מודל שוק דו-צדדי). לדוגמא, Wolt או GetTaxi הפועלות כפלטפורמות מקוונות לחיבור בין משתמשים עסקיים (מסעדות או נהגי מוניות) לבין לקוחות המעוניינים להזמין; או אתרי סחר מקוון כגון zap אשר עיקר פעילותם מתרכזת בשוק התיווך. במצבים אלו, החשש לפגיעה בתחרות ובצרכן הוא מסוג שונה: התלות של עסקים בפלטפורמות דומיננטיות כדי לשווק או להפיץ את מוצריהם עלולה להתבטא בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר (להבדיל מתנאי התחרות) ביניהן.

4. **על רקע אבחנה זו, המשך קידום הרגולציה על פלטפורמות מקוונות נדרש להיעשות תוך רגישות למודלים העסקיים השונים בהם הן פועלות, ולהתאים את התרופה הרגולטורית לחששות הרגולטוריים השונים המאפיינים כל מודל.** טיפול ייחודי של דיני התחרות נדרש בעיקרו כאשר עוסק מתקשר עם שירות תיווך מקוון, אשר מתחרה בעצמו או באמצעות גופים קשורים בעוסק. כלומר, כאשר שירות התיווך המקוון יכול למנף את כוח השוק שלו בתחום התיווך המקוון כדי לפגוע בתחרות בשווקים אחרים של מוצרים או שירותים בהם לקוחותיו מתחרים.

5. בכלל זה, אנו סבורים כי יש לדחות את הגישה העולה מנייר העמדה לפיה מערכת היחסים שבין משתמש עסקי לבין שירות תיווך מקוון (ככל שהם או גופים הקשורים להם אינם מתחרים) היא בהכרח חוזה עסקי, להבדיל מחוזה צרכני. זאת, לאור פערי הכוחות והמיקוח הבולטים בין מרבית המשתמשים עסקיים בישראל לבין מתווכי התוכן הדומיננטיים כגון גוגל או פייסבוק. כלומר, כאשר עסק קטן או בינוני משתמש בשירות תיווך – באופן חינמי של קיום נוכחות, או בתשלום תמורת קידום ובולטות – יש לראותו כ-"צרכן" של שירות התיווך בהקשר זה.

6. **על כן, פיתוח הרגולציה על פלטפורמות מקוונות נדרש להיעשות גם במסגרת דיני הגנת הצרכן (ולא רק דיני התחרות), הן כלפי המשתמשים העסקיים כצרכנים של שירות התיווך והן כלפי המשתמשים "הרגילים", אשר נסמכים על המידע והדירוג ששירותי התיווך מוסרים להם לשם החלטתם לרכוש מוצר או שירות.**<sup>2</sup>

## II. הצורך בהרמוניה רגולטורית אל מול הדין שפותח בפסיקת בתי המשפט הישראליים

7. ההסדרים המוצעים בקול הקורא, כמו גם הרציונלים העומדים בבסיסים, מבוססים במידה רבה על ההסדרים הרגולטוריים שפותחו באיחוד האירופי, המשמשים כבסיס לעיצוב המשטר הרגולטורי

<sup>2</sup> לצורך בהסדרה של הביקורות והדירוגים על מוצרים ושירותים בפלטפורמות מקוונות כסוגייה של דיני הגנת הצרכן, ראו: הרשות להגנת הצרכן ולסחר הוגן, **טיטוט הנחית ממונה בעניין חוות דעת דירוגים וביקורות ברשת האינטרנט** (5.1.2021). זמין בקישור: [https://www.gov.il/BlobFolder/news/cpfta\\_internetopinion2021/he/docs\\_draft\\_supervisor\\_guide.pdf](https://www.gov.il/BlobFolder/news/cpfta_internetopinion2021/he/docs_draft_supervisor_guide.pdf)

אותו מציעה רשות התחרות להחיל על מערכת היחסים שבין מתווכים מקוונים לבין משתמשים עסקיים בישראל.

8. **עם זאת, נייר העמדה נעדר כל התייחסות למידת ההתאמה של ההסדר המוצע אל הדין הקיים בישראל, כפי שפותח על ידי הפסיקה הישראלית בשנים האחרונות.**

9. כך למשל, בכל הנוגע לרגולציה המוצעת שעניינה איסור פרקטיקות לא הוגנות מצד המתווכים, כגון שינוי בתנאי השימוש או חובת הודעה מראש על סיום או השעיה של השימוש תוך מתן אפשרות לתקן את פעולותיו, בתי המשפט הישראליים פיתחו את דיני המשפט האזרחי הכלליים כדי לקבוע איסורים מסוג זה:

9.1. עוד בעניין **אבי לן** שניתן בשנת 2017,<sup>3</sup> קבעה הפסיקה כי רשתות חברתיות אינן רשאיות לבטל או להשעות באופן מיידי וחד-צדדי חשבונות של משתמשים, ככל שלא התקיימה הפרה יסודית של תנאי השימוש (בדומה לרגולציה המוצעת בנייר העמדה). זאת, תוך הדגשת פערי הכוחות המשמעותיים שבין רשתות חברתיות כתאגידים רב-לאומיים לבין משתמשיהן. באופן דומה, בעניין **בן חמו** קבע בית המשפט העליון כי התנאים שמשמשי שירותי תיווך מקוונים (ובאותו מקרה משתמשי פייסבוק) נדרשים להסכים להם עשויים לעלות כדי תנאים מקפחים בחוזה אחיד (ובפרט כאשר מדובר בספקים מונופוליסטיים או תנאים של חוסר שוויון שבין הספק והלקוח).<sup>4</sup>

9.2. באופן כללי יותר, קבע בית המשפט העליון בעניין **בן חמו** כי לא ניתן להתעלם מפערי הכוחות העצומים בין מתווכים דומיננטיים כגון פייסבוק לבין משתמשיה, והעבודה כי למתווכים כאלו אין תמריץ של ממש להתחשב בזכויות ובאינטרסים של הצרכן הישראלי כך שעמדת המיקוח של הצרכן הישראלי היא גרועה במיוחד. כך, לשיטת בית המשפט, מאפיינים אלו מצדיקים קיומו של פיקוח הדוק על פעילות מתווכים מקוונים דומיננטיים והחלטת סטנדרט ביקורת מחמיר עליה, ובפרט לנוכח העלייה הדרמטית בהיקף המסחר עם תאגידים זרים באמצעות האינטרנט בשנים האחרונות.

9.3. פסיקה מאוחרת יותר של בתי המשפט המחוזיים הוסיפה ופיתחה את הדין החל על מערכות היחסים בין פלטפורמות מקוונות למשתמשיהן, כערוץ מקביל לרגולציה המוצעת בנייר העמדה.<sup>5</sup> זאת על בסיס הקביעה כי הסכמי השימוש שבין משתמשים לבין פלטפורמות מקוונות מהווים חוזה לכל דבר, שניתן להחיל עליו את תורת הפרשנות התכליתית ואת דיני החוזים האחידים (שכן מבחינת הצד שמצטרף לשירות שמציעה הפלטפורמה המקוונת האפשרות היא רק לקבל את ההסכם המקוון בשלמותו או לדחות אותו).<sup>6</sup>

<sup>3</sup> ת"א (מח' ת"א) 50870-05-15 לן נ' Facebook Inc (14.12.2017).

<sup>4</sup> רע"א 5860/16 Facebook Inc נ' בן חמו (31.5.2018). 1.1. בכלל זה, דחה בית המשפט העליון את הטענה כי המודל העסקי של שירות "חינמי", המאפיין מתווכים מקוונים, תלוי בכך שאותו שירות לא יידרש להתדיין מחוץ לטריטוריה אותה הגדיר. זאת, על בסיס הקביעה כי אין בתועלת שמניבה האפשרות להשתמש בפייסבוק בחינם כדי לפצות על הסיכון החמור שבחוסר האפשרות לנקוט בהליכים משפטיים נגדה בישראל, שכן למרבית המשתמשים אין את האמצעים והידע לנהל התנהלות משפטית מחוץ לישראל.

<sup>5</sup> ראו למשל: ת"א (מח' ת"א) 29953-07-18 קריאשיין סטייג' בע"מ נ' Facebook, Inc (31.1.2019); ת"א 62584-11-19 עזרזר נ' Facebook Inc (18.2.2020).

<sup>6</sup> ת"א (מח' מרכז) 18763-04-15 ויוה מדיה בע"מ נ' Google Ireland Ltd (26.8.2019).

10. דוגמאות לא ממצות אלו ממחישות את שאלת העומק העומדת בבסיס יוזמת הרגולציה הנוכחית של רשות התחרות: האם איסור על פרקטיקות לא הוגנות כגון חובת הודעה מראש על סיום או השעיה של השימוש, תוך מתן הזדמנות למשתמש העסקי להתייחס או לתקן את פעילותו בגינה הוחלט להשעותו משימוש בפלטפורמה היא סוגייה של רגולציית תחרות או שמא מדובר בסוגייה כללית יותר של דיני חוזים ודיני צרכנות?

11. **מכל מקום, העובדה כי הדין הישראלי כבר כולל הסדרים ועקרונות יסוד באשר למערכת היחסים המשפטית שבין פלטפורמות מקוונות לבין משתמשיהן מחייבת את רשות התחרות לבחון את נחיצותה של קביעת רגולציה תחרותית בעניין; וככל שזו נדרשת, עליה להיעשות תוך שמירה על הרמוניה משפטית עם הדין הקיים בסוגיות אלו, כפי שפותח בפסיקת בתי המשפט.**

### III. שאלת תחולת הרגולציה המוצעת: שכלול האבחנה בין עצמתם של שירותי תיווך מקוונים

12. אנו שותפים להמלצת רשות התחרות לפיה אין צורך להחיל את הרגולציה המוצעת (איסור על פרקטיקות לא הוגנות ספציפיות; חשיפה למידע, שקיפות ויצירת וודאות) על כלל הפלטפורמות המקוונות שפועלות בישראל, אלא רק על אלו שנפח פעילותן אינו זניח. זאת, משום שהיעדר-אבחנה בין גופים קטנים לגדולים נוטה להכביד יותר דווקא על מתחרים קטנים את כניסתם מבקשים לעודד, שכן לגופים גדולים קל יותר להקצות משאבים להתאמתם לרגולציה מאשר לגופים קטנים.

13. **עם זאת, אנו סבורים יש המשך גיבוש הרגולציה – כמו גם ניהול אכיפתה בעתיד – נדרש להיעשות תוך אבחנה בין הדרגות והסוגים השונים של "כוח שוק" בו אוזנים שירותי התיווך המקוונים העומדים בתנאי הסף.<sup>7</sup> כקריאת כיוון, אנו מציעים את השיקולים הבאים אשר נדרשים להנחות את מיקוד הרגולציה התחרותית על שירותי תיווך מקוונים:**

14. **אבחנה בין מתווכים מקוונים המתחרים בלקוחותיהם העסקיים לבין מתווכים מקוונים הפועלים רק בשוק התיווך:** כאמור, טיב האיום של מתווכים מקוונים על התחרות ועל רווחת הצרכן נובע בראש ובראשונה מהמודל הכלכלי בו הם פועלים, כך שרגולציית התחרות צריכה להתמקד בראש ובראשונה בשירותי תיווך מקוונים אשר מתחרים בלקוחותיהם העסקיים.

15. **מעמד מונופוליסטי של שירות תיווך מקוון על הגישה ללקוחות בסקטור מסוים:** נוסף על שירותי התיווך שמתחרים בלקוחותיהם העסקיים, הרגולציה התחרותית נדרשת להתמקד במצבים בהם עיקר הסחר בשוק מסוים של שירותים או מוצרים נעשה באמצעות שירות תיווך מקוון (להבדיל מסחר ישיר בין הצרכן והלקוח). במצבים אלו, עמדה מונופוליסטית או דומיננטית של שירות תיווך מסוים הופכת אותו לחיוני עבור העוסקים בשוק, באופן אשר עשוי כאמור להתבטא כאמור בפרקטיקות בלתי הוגנות בתנאי הסחר שבין הפלטפורמה לעסקים (מחיר לא תחרותי או דרישת גישה למידע הפלטפורמה למידע על לקוחות העסק).

<sup>7</sup> להרחבה אודות עיקרון זה והאופן בו נדרש טיפול תחרותי דיפרנציאלי ביחס לתלות של עסקים בפלטפורמות, ראו: Inge Graef, Differentiated Treatment in Platform-to-Business Relations: EU Competition Law and Economic Dependence, 28 Yearbook of European Law (2019).

16. עם זאת, חשוב להדגיש כי מצב שבו עסקים לא יכולים להרשות לעצמם שלא לפעול באמצעות פלטפורמה מסוימת מעניק לה עוצמה החורגת מיכולת גביית תמורה מפורזת עבור שירותיה – בדמות יכולת "רגולטורית" להכווין כללי התנהגות וסטנדרטים סקטוריאליים. למשל, אם פלטפורמה דומיננטית להזמנת נסיעות תקבע כי בתנאי השימוש שלה כי היא לא מאפשרת לכלי רכב מזהמים לפעול במסגרתה (או אפילו כי תינתן להם עדיפות פחותה בפלטפורמה) – מרבית העסקים בתחום יאלצו "להתיישר או לחדול". על כן, במסגרת תכנון הרגולציה התחרותית ואכיפתה יש לבחון את כוח השוק היחסי של פלטפורמות מקוונות לא רק בפריזמה הצרה של יכול לקיים פרקטיקות לא הוגנות בתנאי הסחר, אלא גם ביכולתן להכתיב כללי התנהגות וסטנדרטים סקטוריאליים (גם אם אלו לא מסבים לה יתרון מסחרי ישיר). יוער כי לעיתים יש לפלטפורמות כאלה יכולות רגולטוריות עדיפות על רגולטורים מדינתיים בנושא הרלוונטי, אך הם אינם כפופים לכללי משפט מנהלי על פיהם פועלות רשויות מדינתיות.

17. אבחנה בין פלטפורמות מקומיות וגלובליות: מאפיין ייחודי של שוקי תיווך מקוון, הפועלים באמצעות רשת האינטרנט, הוא האפשרות של שחקנים גלובליים להתחרות בשחקנים מקומיים. על כן, במסגרת הערכת כוח השוק היחסי של המתווכים המקוונים בסקטורים השונים יש לייחס משקל לשאלה האם מדובר בשחקן מקומי או גלובלי, נוכח היתרון לגודל ואפקט הרשת המאפיינים כלכלת פלטפורמות והצורך ליצור "מגרש משחקים מאוזן". בכלל זה, הגנה על המתחרים הישראליים עשויה להיות רצויה לא רק מהיבט של הגנת התעשייה המקומית אלא גם נוכח התובנה לעיל לפיה מעמד דומיננטי של פלטפורמה מקוונת מעניק לה כוחות לעצב את כללי ההתנהגות והסטנדרטים של עסקים מקומיים המבקשים להשתמש בשירותיה.

18. אבחנה בין שיטות הדירוג והבולטות של המשתמשים העסקיים בפלטפורמות השונות: שירותי התיווך המקוונים כוללים לרוב מנגנון לדירוג או הבלטת העסקים השונים הפועלים במסגרתם, כחלק מהשירות אותו הן מציעות למשתמשים הרגילים (שעליהם מתחרים העסקים באותה פלטפורמה). בכלל זה, עיצוב הרגולציה התחרותית ואכיפתה נדרשים ניתן להבחין בין שירותי תיווך מקוונים בהם הדירוג או הבולטות של העסקים השונים נקבעים ללא השפעה של הפלטפורמה (למשל, באמצעות דירוג גולשים); לבין שירותי תיווך מקוונים המאפשרים ללקוחותיהם העסקיים להגביר את בולטותם או חשיפתם בפלטפורמה – תמורת תשלום כספי מצד המשתמשים העסקיים או במודל של "בולטות תמורת מידע", בו העסקים עשויים להידרש "לשלם" לפלטפורמה באמצעות תמורת מתן גישה למידע האישי של לקוחותיהם.

19. אנו סבורים תשומת הלב הרגולטורית נדרשת להתמקד במתווכים מקוונים אשר מאפשרים ללקוחותיהם העסקיים להגביר את בולטותם או חשיפתם עבור ציבור הצרכנים בפלטפורמה בעד תמורה (של כסף או מידע). זאת, מכיוון שמתווכים מקוונים מסוג זה מאיימים גם על התחרות בין העסקים השונים (עשויים לגבות מחיר מונופוליסטי של כסף או מידע מהלקוחות העסקיים); וגם

על אינטרסים צרכניים, כיוון שהם אינם מתומצצים להבליט או לקדם את העסק הטוב ביותר עבור הצרכן, באופן העלול לעלות כדי הטעיה צרכנית או הפרת חובת גילוי.<sup>8</sup>

#### IV. שאלת האכיפה: תביעות פרטיות בבתי משפט אל מול אכיפה רגולטורית

20. כמפורט בנייר העמדה, רשות התחרות טרם גיבשה המלצה ביחס לשאלה האם האכיפה צריכה להתבצע דרך תביעות פרטיות בבתי המשפט או באמצעות אכיפה רגולטורית וסנקציות מינהליות.

21. על בסיס האבחנות והתובנות שהצענו לעיל, אנו סבורים כי האכיפה הרגולטורית ומשאביה הציבוריים צריכים להתמקד באכיפת חובות השקיפות, וגילוי באשר למנגנון הדירוג או הבולטות משתמשים עסקיים בפלטפורמות, שכן הדין האזרחי הקיים כבר מספק אפשרות לאכיפה פרטית במקרים של פרקטיקות לא הוגנות ספציפיות, כגון השעיה שרירותית או מיידידת של חשבונות.

22. בפרט, מאמצי האכיפה הרגולטורית צריכים להתמקד בפלטפורמות בהן תמורה של כסף או של מידע אישי מצד לקוח עסקי שלהן משפיעה על דירוגו או חשיפתו לקהל משתמשי הפלטפורמה (או לחלק מטורגט מהם), תוך שיתוף פעולה עם הרשות להגנת הצרכן והרשות להגנת הפרטיות. זאת, מכיוון שהטיה נסתרת בתוצאות או בדירוג שמציג מתווך מקוון פוגעת בכלל הצרכנים שעבורם המידע רלוונטי עשויה לעלות כדי הטעיה של המשתמשים בשירותי תיווך כדי לגשת ללקוחות העסקיים אל הצרכנים באמצעות הפלטפורמה, וכמובן לשימוש בלתי חוקי במידע האישי.

23. כמובן, אין להגביל מראש את סמכות האכיפה הרגולטורית והקנסות המינהליים רק למישור חובות הגילוי והשקיפות באשר למנגנוני הדירוג, כך שרשות התחרות ו/או הרשות להגנת הצרכן יוכלו לפעול במקרה של פרקטיקות לא הוגנות מצד פלטפורמות מקוונות כלפי משתמשים עסקיים, במידה והתערבות נדרשת כדי למנוע פגיעה בתחרות או בצרכן.

נשמח לעמוד לרשותכם בכל הבהרה נוספת שתידרש. ניתן לפנות אלינו באמצע הדוא"ל: [policy@isoc.org.il](mailto:policy@isoc.org.il)

בברכה ובכבוד רב,

עו"ד יורם הכהן  
מנכ"ל  
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

ד"ר אסף וינר  
ראש תחום רגולציה ומדיניות  
איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר)

העתק: הוועד המנהל של איגוד האינטרנט הישראלי (ע"ר).

<sup>8</sup> לניתוח ההשפעות התחרותיות של מנגנוני קידום תוצאות בפלטפורמות מקוונות, תוך אבחנה בין מצבים של "קידום תמורת כסף" לבין "קידום תמורת מידע על לקוחות", ראו: OECD, *Abuse of Dominance in Digital Markets* (2020).