

אלגוריתמים, יוקר המחיה, וסמכות למתן הוראות שבדיני התחרות

מאת

מיכל (שיצר) גל*

המאמר בוחן את ההשפעה של השימוש הגובר באלגוריתמים בשווקים מסחריים על התחרות, וכתוצאה מכך על יוקר המחיה, תוך שימוש בדוגמאות מרחבי העולם. הוא מבקר את יכולתם של דיני התחרות הקלאסיים, אשר נוצרו בטרם המהפכה הדיגיטלית והותאמו לאינטראקציות בין בני אדם, לתת מענה לעליית מחירים כתוצאה מפעולות אלגוריתמיות. לאור מגבלה זו, המאמר בוחן את השימוש בכלי נוסף של דיני התחרות בדמות הסמכות למתן הוראות אשר במסגרתה הממונה על התחרות הכלכלית מוסמכת לתת הוראות עשה ואל תעשה הן לבעל מונופולין והן לחברות הפועלות כקבוצת ריכוז. סמכות זו מתאפיינת בגמישות רבה, המאפשרת התאמה מהירה של הדין לפעילות האלגוריתמית המתפתחת, ומספקת כלים להתמודדות עם הדינמיקה המשתנה של השוק. המאמר מנתח את היקפה של סמכות זו, את יתרונותיה וחסרונותיה, סוקר את הניסיון הנצבר בהפעלתה בעבר, ומציע מספר קווים מנחים ודוגמאות להפעלתה על אלגוריתמים. הניתוח מדגיש כי יש לנקוט משנה זהירות בהפעלת סמכות זו. הפעלתה צריכה להתבסס על ניתוח מעמיק של השלכות הפוטנציאליות על השוק הרלוונטי. זאת, במטרה לשמר את היתרונות הרבים הטמונים בשימוש באלגוריתמים, תוך מניעת פגיעה בלתי מכוונת בתחרות ובחדשנות.

מבוא. א. השפעת אלגוריתמים על יוקר המחיה. 1. מהם אלגוריתמים. 2. יתרונות למשתמשים באלגוריתמים בשווקים. 3. השפעות השימוש באלגוריתמים על תחרות ויוקר המחיה. **ב. החלת הכלים המשפטיים הקלאסיים של דיני התחרות על אלגוריתמים.** 1. איסורים החלים על התנהגות מקבילה. 2. איסורים החלים על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. 3. איסורים החלים על מיזוגים. **ג. כלים למתן הוראות.** 1. מתן הוראות לקבוצת ריכוז. 2. מתן הוראות לבעל מונופולין. 3. סמכות למתן הוראות במדינות נוספות. 4. הסמכות למתן הוראות: יתרונות וחסרונות. **ד. הפעלת הסמכות למתן הוראות במקרים המערבים אלגוריתמים.** 1. התמודדות על התנהגות מקבילה: תיאום או התאמה. 2. התמודדות עם ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. **ה. סיכום ומסקנות.** נספח א: הוראות שניתנו על בסיס סעיף 30 לחוק התחרות. נספח ב: הוראות שניתנו או טיוטות הוראות שניתנו על בסיס סעיף 31 לחוק התחרות.

מבוא

יוקר המחיה מהווה אחד מהאתגרים הכלכליים המשמעותיים ביותר בימינו. סוגיה זו ניצבת בחזית השיח הציבורי ומעסיקה רבות את קובעי המדיניות. כדי לטפל בה, יש להבין את שורשיה. מאמר זה מתמקד באחד הכלים שהביאה עימה המהפכה הדיגיטלית, שיכולים

לגרום לפגיעה בתחרות ולעליית מחירים: שימוש גובר באלגוריתמים בעולם המסחרי.¹ המאמר בוחן את השפעתם הפוטנציאלית של אלגוריתמים על התחרות, וכתוצאה מכך על יוקר המחיה, תוך שימוש בדוגמאות מרחבי העולם (פרק א). כפי שהניתוח מראה, חלק מהחששות לעליית יוקר המחיה כבר התממשו, והסבירות להתממשותם של חששות נוספים עולה עם השימוש הגובר באלגוריתמים, היונק מכלכלת המידע. כך, למשל, אלגוריתמים מבוססי-דאטא יכולים לשפר את היכולת להתאים מחירים בין מתחרים פוטנציאליים וכן לחשב בצורה מדויקת יותר את המחיר המקסימלי שכל צרכן יהיה מוכן לשלם עבור מוצר או שירות מסוים.

המאמר מנתח את יכולתם של דיני התחרות הקלאסיים לתת מענה לעליית מחירים כתוצאה מפעולות אלגוריתמיות (פרק ב). כפי שנראה, דינים אלו, אשר נוצרו בטרם המהפכה הדיגיטלית והותאמו לאינטראקציות בין בני אדם, אינם מותאמים לטיפול בכל הסוגיות ההגבליות המערבות שימוש באלגוריתמים. לאור מגבלה זו, המאמר בוחן שימוש בכלים נוספים המבוססים על דיני התחרות. בישראל – בדומה למספר הולך וגובר של מדינות אירופאיות אבל בניגוד למדינות רבות אחרות – נתון בידי רשות התחרות כלי אסדרה אשר על פניו מאפשר התערבות בשוק להגברת התחרות ולהורדת מחירים, בדמות הסמכות למתן הוראות (פרק ג). במסגרת סמכות זו, הממונה על התחרות הכלכלית (להלן: "הממונה") מוסמך לתת הוראות עשה ואל תעשה הן לבעל מונופולין והן לקבוצת חברות הפועלות כקבוצת ריכוז. סמכות זו מתאפיינת בגמישות רבה, המאפשרת התאמה מהירה של הדין לפעילות האלגוריתמית המתפתחת, ומספקת כלים להתמודדות עם הדינמיקה המשתנה של השוק. המאמר מנתח את היקפה של סמכות זו, את יתרונותיה וחסרונותיה, סוקר את הניסיון הנצבר בהפעלתה בעבר, ומציע מספר קווים מנחים ודוגמאות להפעלתה על אלגוריתמים. ניתוח זה מבוסס, בין היתר, על הדיונים המתקיימים ברחבי העולם באשר לארגז הכלים של דיני התחרות המאפשר טיפול באלגוריתמים. הניתוח מדגיש כי יש לנקוט משנה זהירות בהפעלת סמכות זו. הפעלתה צריכה להתבסס על ניתוח מעמיק של ההשלכות הפוטנציאליות על השוק הרלוונטי. זאת, במטרה לשמר את היתרונות הרבים הטמונים בשימוש באלגוריתמים, תוך מניעת פגיעה בלתי מכוונת בתחרות ובחדשנות (פרק ד).

א. השפעת אלגוריתמים על יוקר המחיה

פרק זה משמש כמבוא קצר להשפעת האלגוריתמים על התחרות ועל יוקר המחיה. לשם כך, הוא סוקר מהם אלגוריתמים, מהם היתרונות העיקריים שהם יוצרים במישור המסחרי, וכיצד הם עלולים להשפיע על תחרות בשווקים, וכתוצאה מכך על יוקר המחיה.

* פרופסור וראש המרכז למשפט ולטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה, בעלת דוקטורט של כבוד מאוניברסיטת ציריך, שווייץ, והנשיאה לשעבר של הארגון העולמי לחוקרים בתחום דיני התחרות (ASCOLA) (2017-2023). רב תודות לאביב שם טוב, יואב בר דיין, אלון גילדין, ודור סילמו על עזרת מחקר יוצא מהכלל ולעורכי כתב העת **משפטים**, דין מכבי זלצברגר ומיכל מסובי-שטיינברג ולצוות כתב העת על הערות מעולות שהיטיבו את המאמר. מחקר זה נתמך על ידי מענק מחקר של הקרן הלאומית למדע, מס' 2737/20, וכן על ידי מענק של משרד החדשנות, המדע והטכנולוגיה, וגם על כך נתונה תודתי.

¹ Peter Seele et al., *Mapping the Ethicality of Algorithmic Pricing: A Review of Dynamic and Personalized Pricing*, 170 J BUS. ETHICS 697 (2021).

1. מהם אלגוריתמים

אלגוריתמים הם כלים מובנים המספקים באופן אוטומטי פלט (output) המבוסס על הפעלת כללי ההחלטה חישוביים על קלט של נתונים (input).² כל אחד משלושת הפרמטרים האמורים הינו בעל מנעד שונות רחב. הנתונים יכולים להתייחס למגוון פרמטרים דוגמת עלויות, קיבולת ייצור, שטחי אחסון, מחיריהם של מתחרים, ותגובות השוק לשינויים במחיר. ניתן לתכנת את האלגוריתם כך שיוכל לנתח, להעריך או למקסם כל משתנה (למשל תחזית לתגובת השוק לפעולה מסוימת או פתרון לבעיית אופטימיזציה דוגמת קביעת מחיר הממקסם את רווחיו של המשתמש), כתלות בנתונים שהוזנו לו ובכללי ההחלטה שהוגדרו עבורו.³ שימוש באלגוריתם דורש שלוש תשומות עיקריות: נתוני קלט רלוונטיים, האלגוריתם עצמו, ותשתיות המאפשרות את הפעלתו (כגון כוח מחשוב ומאגרים לשמירת נתונים).⁴ אלגוריתמים יכולים להפעיל מגוון רחב של כללי החלטה, ברמות שונות של מעורבות אנושית.⁵ ברמה הנמוכה ביותר, כל הפרמטרים הנבחנים בנתוני הקלט והמשקלות הניתנים להם מוכתבים על ידי צוותי הפיתוח בשלב התכנות (expert algorithms), "אלגוריתמים מומחים".⁶ ברמת הגבוהה ביותר, האלגוריתמים מגדירים או מזקקים בעצמם, בהיעדר תכנון או הכתבה בשלב התכנות, את הפרמטרים הרלוונטיים לקבלת התוצאה ואת המשקל שיינתן להם, וזאת בהתאם לנתוני הקלט שהוזנו להם ולטכניקות קבלת החלטות שהם מקודדים לבצע (learning algorithms, "אלגוריתמים לומדים").⁷ אלגוריתמים לומדים משתמשים בלמידת מכונה – סוג של בינה מלאכותית המעניקה לאלגוריתם את היכולת לקבוע באופן אוטונומי את פרמטרי ההחלטות שלו מנתוני הקלט המוזנים לו, ללא צורך להגדיר מיתאמים מראש.⁸ הטכניקה של למידת חיזוק (reinforcement learning) מדגימה את הלמידה האלגוריתמית: האלגוריתם ממציא ובודק תרחישים שונים, תוך מתן משקל למשוב אותו הוא קיבל בסבבי הרצה קודמים, בסיבובי ההרצה הבאים. ניתן לשלב בין שני סוגי האלגוריתמים, למשל כאשר תהליך הלמידה של האלגוריתם מפוקח על ידי גורם חיצוני, הנותן לו משוב על איכות החלטותיו (supervised learning).

² THOMAS H. CORMEN ET AL., INTRODUCTION TO ALGORITHMS 5 (3rd ed. 2009).

³ שם.

⁴ Jeremy Khan, *Deep Learning Pioneer Andrew Ng Says Companies Should Get 'Data-Centric' to Achieve A.I. Success*, FORTUNE (June 21, 2022), <https://fortune.com/2022/06/21/andrew-ng-data-centric-ai/>; David Lehr & Paul Ohm, *Playing with the Data: What Legal Scholars Should Learn About Machine Learning*, 51 U.C. DAVIS L. REV. 653, 664 (2017).

⁵ Michal Gal, *Algorithms as Illegal Agreements*, 34 BERKELEY TECH. L. J. 67, 84-87 (2019).
⁶ ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV (OECD), ALGORITHMS AND COLLUSION: COMPETITION POLICY IN THE DIGITAL AGE 11-12 (2017), <https://www.oecd.org/competition/algorithms-collusion-competition-policy-in-the-digital-age.htm>.

⁷ שם, בעמ' 9-11.

⁸ TOM MITCHELL, MACHINE LEARNING (1997).

2. יתרונות למשתמשים באלגוריתמים בשווקים

השימוש באלגוריתמים טומן בחובו יתרונות משמעותיים בהליכי קבלת החלטות: אלגוריתמים יכולים להאיץ ולייעל את איסוף, ארגון, ניקוי, וניתוח הנתונים, תוך איפסור קבלת החלטות בתנאים משתנים במהירות גדולה מבעבר.⁹ הם מציעים תכנון אנליטי, ומגבירים את יכולת חילוץ המידע מנתוני הקלט. כך, למשל, אלגוריתמים יכולים לחזות באופן משופר תגובות אפשריות נוכח שינויים בתנאי השוק, ולהתקרב לשיווי משקל אופטימלי בסביבה דינמית (למשל, לשנות את גובה המלאי של מוצרים שונים בתגובה לשינויים כאמור). יכולת זו עשויה אף לאפשר לאלגוריתמים להמציא, ללא התערבות אנושית, אסטרטגיות חדשות להגשמת המטרה המוגדרת עבורם (דוגמת מיקסום הרווח).¹⁰ בנוסף, אלגוריתמים חוסכים משאבים, בין היתר, על ידי אוטומציה של תהליכי קבלת החלטות וצמצום תפקידו של מקבל ההחלטות האנושי. לבסוף, אלגוריתמים נמצאים בהישג ידן של חברות בכל הגדלים ובכל התעשיות. לעתים קרובות, חברות יכולות ליצור אלגוריתמים משלהן, בעלות סבירה, בין היתר בהסתמך על אלגוריתמים הזמינים באופן חינמי. לחלופין, חברות יכולות להסתמך על אלגוריתמים מתוחכמים המופעלים או מסופקים על ידי צדדים שלישיים.¹¹ אלגוריתמים גם יכולים ליצור באופן עצמאי אלגוריתמים אחרים.¹² למרות שהשימוש באלגוריתמים אינו חדש, שינויים בסביבה הדיגיטאלית הפכו את השימוש בהם לזול וליעיל. מעברן של תעשיות רבות למסחר מקוון, בצירוף עלייה במהירויות הגלישה, הפחתת עלויות החיבור לאינטרנט, והגדלת כוח המחשוב ויכולת אחסון הנתונים, הביאו לכך שמאגרי נתונים בנושאים מגוונים, לרבות נתונים עדכניים על תנאי השוק הנדרשים לקבלת החלטות מסחריות, הינם נגישים יותר מאי פעם.¹³

אלגוריתמים מציעים מגוון רחב של שימושים בשווקים. בהסתמך על גל ורובינפלד, נבחין בין חמישה שימושים שכאלה.¹⁴ הראשון עניינו **קביעת תנאי מסחר**, כגון מחיר המוצר, איכותו, או רמת השירות. אלגוריתמים מומחים מסוג זה יכולים לתת לסוג נתונים מסוים משקל קבוע מראש בהליך קבלת ההחלטות. כך לדוגמה, ניתן להשתמש באלגוריתם המחקר את מחיר המתחרה המוביל בשוק (Market Leader), או לחלופין לקבוע שיטת תמחור המבוססת על עלות הייצור בתוספת אחוז קבוע מראש המשמש ליצירת שולי רווח. היתרון העיקרי של אלגוריתמים מסוג זה הוא מהירות התגובה שלהם ויכולתם להפחית עלויות

⁹ OECD 2017, לעיל ה"ש 6, בעמ' 15.

¹⁰ Matthew Adam Bruckner, *The Promise and Perils of Algorithmic Lenders' Use of Big Data*, 93 CHI.-KENT L. REV. 3 (2018); Ulrich Schwalbe, *Algorithms, Machine Learning, and Collusion*, 14 J. COMPETITION L. & ECON. 568, 591 (2018).

¹¹ Stephanie Assad et al., *Autonomous Algorithmic Collusion: Economic Research and Policy Implications*, 37 OXFORD REV. ECON. POL'Y 459 (2021).

¹² Tom Simonite, *AI Software Learns to Make AI Software*, MIT TECH. REV. (Jan. 18, 2017), <https://www.technologyreview.com/2017/01/18/154516/ai-software-learns-to-make-ai-software>.

¹³ Ai Deng & Christian Hernandez, *Algorithmic Pricing in Horizontal Mergers: An Initial Assessment*, 36 ANTITRUST 36, 36-37 (2022).

¹⁴ Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, *Algorithms, AI and Mergers*, 85 ANTITRUST L. J. 683 (2024).

בקביעת מחירים משתנים. לחלופין, ניתן להשתמש באלגוריתמים לומדים, היכולים לקבוע באופן עצמאי את תנאי המסחר של המשתמש בהם, בהתבסס על למידה מתגובות השוק לפעולות שונות. קחו, לדוגמא, שימוש באלגוריתם מסוג Q-learning, המבוסס על אסטרטגיית ניסוי וטעיה, למיקסום רווח. האלגוריתם קובע מחיר, בוחן משך מספר אינטרקציות שוקיות את השפעתו, ומשנה בהתאם. כל תקופה מסוימת הוא מנסה אסטרטגיית מחיר חדשה. אם היא צלחה, הוא ממשיך בה. אם לא, הוא חוזר לאסטרטגיית המחיר הקודמת.¹⁵

הקבוצה השנייה של השימושים כוללת **אלגוריתמי ניבוי**. אלגוריתמים אלו מנבאים כיצד תנאים שונים עשויים להשפיע על הפרמטר הנבחר. לדוגמה, כיצד שינוי במחיר המוצר משפיע על רווחיות הספק. היתרון היחסי של אלגוריתמים אלו, על פני חישובים אנושיים, נובע מהעובדה שאלגוריתמים עשויים ליהנות מיתרון בזיהוי מוגבר של קורלציות בין משתנים שונים, הבא לביטוי ביתר שאת בסביבות מורכבות ומרובות משתנים, וכן מיכולתם לחשב במהירות אומדן הסתברותי, מבוסס-נתונים, לקרות תרחישים שונים. אלגוריתמי ניבוי יכולים לשמש שחקנים בשוק, בין היתר, להערכת פעילויות עסקיות שונות כגון יעילות מיקומי ייצור ואחסון, לחיזוי תגובות השוק לשינויים ברמות המחירים, או להערכת רמות סיכון של אסטרטגיות שונות. כך לדוגמה, בהינתן נתונים מספיקים, הם יכולים להגביר את היכולת להבחין בין תתי-קבוצות שונות, ביחס לספקים, צרכנים או מתחרים, וזאת בהתבסס על הערכת מאפיינים כלכליים כגון גמישות הביקוש או ההיצע של הקבוצות הנבחות.

סוג השימוש השלישי עניינו **ניטור ומיפוי** של תנאי שוק שונים.¹⁶ לשם המחשה, הנציבות האירופית מצאה כי יצרני אלקטרוניקה מקומיים פיקחו באמצעות אלגוריתמים על המחירים הנגבים על ידי משווקים של מוצריהם, כדי לוודא שהם אינם סוטים מהמחירים שנקבעו מראש.¹⁷

שני השימושים הבאים מתייחסים להשפעתם של אלגוריתמים על נתוני הקלט. יתרונות מבוססי-נתונים ממלאים תפקיד חשוב בדינמיקה התחרותית של שווקים דיגיטליים.¹⁸ הסיבה

¹⁵ Emilio Calvano, Giacomo Calzolari, Vincenzo Denicolò & Sergio Pastorello, *Artificial Intelligence, Algorithmic Pricing and Collusion*, 110 AM. ECON. REV. 3267 (2020).

¹⁶ Julien Debussche et al., *Leveraging Big Data for Managing Transport Operations Report on Legal Issues*, at 270 (2018), https://static1.squarespace.com/static/59f9cdc2692ebdbde4c43010/t/5bdab3e2cd8366e9378d02b1/1541059569380/D2.2_Report+on+Legal+Issues_LeMO+-+FINAL.pdf

¹⁷ European Commission Decision Relating to proceedings under Article 101 of the Treaty on the Functioning of the European Union Case AT.40465 – ASUS (Jul. 24, 2018), https://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/40465/40465_337_3.pdf; European Commission Press Release IP/18/4601, Antitrust: Commission fines four consumer electronics manufacturers for fixing online resale prices (Jul. 24, 2018), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_18_4601.

¹⁸ ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV (OECD), DATA-DRIVEN INNOVATION: BIG DATA FOR GROWTH AND WELL-BEING 391-399 (2015), <https://www.oecd.org/sti/data-driven-innovation-9789264229358-en.htm>; JACQUES CRÉMER ET AL., EUR. COMM'N, COMPETITION POLICY FOR THE DIGITAL ERA REPORT 73 (2019), <https://ec.europa.eu/competition/publications/reports/kd0419345enn.pdf>.

לכך היא שנתונים הם לעתים קרובות חומר הגלם ליצירת מידע, אשר בתורו מאפשר קבלת החלטות מושכלות יותר.¹⁹ הצמיחה ביישומי למידת מכונה, במיוחד טכניקות למידה עמוקה (deep learning), לרבות מודלי שפה גדולים (Large Language Models) דוגמת ChatGPT ו-Gemini,²⁰ מחייבות נגישות לנתוני-עתק.²¹ בסביבה כזו, יתרונות אלגוריתמיים עשויים לא רק לחזק את כוח השוק של חברות מסוימות, אלא גם להפוך אותו לעמיד יותר.²² שני סוגים עיקריים של אלגוריתמים הינם בעלי השפעה בסביבה זו. האחד **משפיע על היכולת להשתמש בנתונים**, לדוגמה אלגוריתמים ש"מנקים" נתונים כדי להשמישם, או אלגוריתמים המשפיעים על יכולת השילוב בין מאגרי נתונים שונים. השני **מפחית את הצורך בחיפוש אחר נתונים**. לרוב, הגדלת כמות הנתונים משפרת את פעילות האלגוריתם, לפחות עד כמות מסוימת.²³ אלגוריתמים יעילים יכולים להפחית באופן משמעותי את כמות הנתונים שיש לאסוף על מנת לקבל החלטה ברמה דיוק נתונה, בין היתר בדרך של ייצור נתונים סינתטיים.²⁴ בנוסף, אלגוריתמים יכולים לשלב למידה קודמת בהליך קבלת ההחלטות, ובכך להפחית את הצורך בנתוני אימון.²⁵ כתוצאה מכך, אלגוריתמים יכולים להפחית את חסמי הגישה לסוגים מסוימים של נתונים, ואת היתרונות העסקיים המבוססים על הגישה להם.

3. השפעות השימוש באלגוריתמים על תחרות ויוקר המחיה

השימוש באלגוריתמים יכול להשפיע על התחרות בשווקים ובהתאמה על יוקר המחיה. אלגוריתמים יכולים להגביר את התחרות בשווקים ולהוביל להורדת מחירים בכמה דרכים. ראשית, שימוש המוביל לקבלת החלטות מדויקות יותר, למשל בדבר כמות מלאי אופטימלית, מפחית עלויות. שנית, אלגוריתמים המפחיתים את עלויות קבלת ההחלטות – לדוגמה כאשר נדרשים פחות נתונים לקבלת החלטה, כאשר עלות קבלת ההחלטה מופחתת, או כאשר ניקוי הנתונים נעשה באופן אוטומטי – מפחיתים גם הם חלק מהעלויות הכרוכות בייצור ו/או בשיווק המוצר. דוגמא מעניינת מערבת את חנויות הנוחות של אמזון בהן די

¹⁹ עובדה זו לא נכונה בכל המקרים. ראו SERGEY I. NIKOLENKO, SYNTHETIC DATA FOR DEEP LEARNING 10 (2021).

²⁰ Gal & Rubinfeld, לעיל ה"ש 14.

²¹ שם.

²² STIGLER CTR. FOR THE STUDY OF THE ECON. & THE STATE, STIGLER COMM. ON DIGIT. PLATFORMS: FINAL REPORT 35-6, 40 (2019), <https://www.chicagobooth.edu/-/media/research/stigler/pdfs/digital-platforms---committee-report---stigler-center.pdf>.

²³ ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV (OECD), COMPETITION COMMITTEE DISCUSSION PAPER, DATA PORTABILITY, INTEROPERABILITY AND DIGITAL PLATFORM COMPETITION 6 (2021), <https://www.oecd.org/daf/competition/data-portability-interoperability-and-digital-platform-competition-2021.pdf>.

²⁴ Michal S. Gal & Orla Lynskey, *Synthetic Data: The Legal Implications of a Data Generation Revolution*, 109(3) IOWA L. REV. 1087 (2024).

²⁵ Ilia Sucholutsky & Matthias Schonlau, *Less Than One-Shot Learning: Learning From Classes From $M < N$ Samples*, 35 ARXIV 9739, 9739-9746 (2021).

להניח את המוצר בסל ולצאת מהחנות, והחיוב מתבצע אוטומטית (Just Walk Out).²⁶ התברר שבשנים הראשונות איתור המוצרים המושמים בסל נעשה על ידי מנטרים אנושיים שישבו בהודו, אשר צפו בוידאו מהחנות. לאחר מספר שנים, הוחלפו המנטרים האנושיים במערכת המבוססת על בינה מלאכותית (Dash Cart), שעלות הפעלתה נמוכה משמעותית.²⁷ בתנאי תחרות, לרבות תנאי תחרות חלקית אך ישימה (workable competition), הפחתת העלויות תתגלגל לצרכן, לפחות בחלקה, ותגרום להורדת מחירים. שלישית, הנמכת חסמי כניסה לשווקים, למשל כאשר ניתן להתחרות תוך שימוש בפחות נתונים, מקלה על כניסה של מתחרים חדשים ומפחיתה את כוח השוק של המתחרים הקיימים, תוך הפחתת המחיר שהם יכולים לדרוש. רביעית, אלגוריתמים יכולים גם להקל על צרכנים לקבל החלטות נבונות יותר, ובכך להגביר את הלחץ התחרותי על הספקים הפועלים בשוק. דוגמא אחת היא אלגוריתמים צרכניים (consumer algorithms), המאגדים יחד צרכנים לקבוצות רכישה.²⁸ דוגמא אחרת היא השימוש באלגוריתמים דוגמת ChatGPT, היכולים, למשל, למצוא את ההצעה הטובה ביותר למוצר מסוים.²⁹

בה בעת – ובכך יתמקד המאמר – אלגוריתמים גם יכולים לפגוע בתחרות ולהעלות את יוקר המחיה בדרכים שונות. ניתן להפריד בין שני סוגים של השפעות: השפעת השימוש באלגוריתמים על התנהגות מקבילה של מספר מתחרים (תיאום או התאמה), והשפעתם על פעולה עצמאית, נצלנית או מדירה, של חברה בעלת כוח שוק משמעותי. להלן נבחן בקצרה השפעות אנטי-תחרותיות אלו. כפי שגל ופדילה חידדו, התוצאות האנטי-תחרותיות נובעות, ברובן, מהקטנת ה"חיכוך" בשווקים (market frictions) – בעיקר בדרך של הקטנת פערי המידע בין יצרנים לצרכנים ובין יצרנים לבין עצמם, וכן מהנמכת החסמים לפעולות מסוימות, כמו איסוף ביג-דאטא או חישוב מהיר, הנובעות מהשימוש באלגוריתמים. בעוד שלרוב נהוג להתייחס להשפעות אלו כהשפעות המקדמות את התנאים לתחרות מושלמת (perfect competition), הדיון להלן ממחיש שבמצבים רבים דווקא הקטנת חיכוכי-שוק והורדת חסמים כאמור יכול להניב תוצאות אנטי-תחרותיות.³⁰

²⁶ Bernard Marr, *The 10 Best Examples of How Companies Use AI in Practice* (July 2, 2021), <https://bernardmarr.com/the-10-best-examples-of-how-companies-use-artificial-intelligence-in-practice/>

²⁷ James Bridle, *So, Amazon's 'AI-powered' cashier-free shops use lot of ... humans. Here's why that shouldn't surprise you*, THE GUARDIAN, Apr. 10, 2024.

²⁸ Michal S. Gal & Niva Elkin-Koren, *Algorithmic Consumers*, 30 HARV. J. L. & TECH. 309 (2017).

²⁹ Michal S. Gal & Amit Zac, *Is Generative AI the Algorithmic Consumer We Are Waiting for?*, NETWORK LAW REVIEW (Feb. 2024).

³⁰ Michal S. Gal and Jorge Padilla, *The effects of algorithms on Optimal Competition Law*, THEORETICAL INQUIRIES IN LAW (2025).

(א) השפעת השימוש באלגוריתמים על התנהגות מקבילה³¹

תחרות בין חברות היא הכלי העיקרי המשמש בשווקים קפיטליסטיים להגדלת הרווחה החברתית. אולם בעוד תחרות מיטיבה עם הצרכנים, היא עשויה לפגוע ברווחים של חברות המתחרות ביניהן. בשל כך, שווקים תחרותיים מאופיינים במוטיבציה מובנית של המתחרים הפוטנציאליים להגביל את התחרות ביניהם באופן שיאפשר להם להגדיל את רווחיהם על חשבון הצרכנים. אחת הדרכים לעשות זאת היא באמצעות התנהגות מקבילה של מתחרים, כך שפרמטרים עסקיים דוגמת מחיר, כמות, ואיכות, יעלו וירדו במקביל. התנהגות זו יוצרת מעין כוח שוק משותף, המאפשר למתחרים להגביל את הלחצים התחרותיים עליהם, ומוביל לקיום שיווי משקל לא תחרותי, לעתים אף בגובה המחיר המונופוליסטי.³² התנהגות זו יכולה להיות תוצאה של הסדר בין הצדדים (תיאום) או של קבלת החלטות עצמאית על ידי כל מתחרה, אשר לוקחת בחשבון ומשקללת את ההשפעה הצפויה של החלטותיו על התנהגות מתחריו, אולם אינה מבוססת על הסדר קודם ביניהם (התאמה אוליגופוליסטית, oligopolistic coordination).³³ במקרים של התאמה, ההחלטות היוניטרליות של כל יתר החברות בשוק, כמו גם תגובתם הצפויה, משמשות כמסד הנתונים עליו מבוססת ההחלטה של כל מתחרה. הן תיאום והן התאמה יכולים להוביל לעליות מחירים. אך, כפי שמפורט להלן, בעוד תיאום אסור על פי החוק, התאמה אוליגופוליסטית היא חוקית. על מנת ליצור תשתית לדיון להלן, חשוב להבין מהם תנאי השוק שעלולים להוביל להתנהגות מקבילה (תיאום או התאמה). הכלכלן זוכה פרס הנובל ג'ורג' סטיגלר קבע שלושה תנאים מצטברים אשר בהתקיימם תיתכן התנהגות מקבילה בשוק:³⁴ ראשית, המתחרים נדרשים להסכים על תנאי המסחר (דוגמת מחיר המוצר או איכותו), אשר יגדילו את הרווח של כל המשתתפים יחסית למצב ללא הסדר. שנית, נדרש מנגנון זיהוי סטייה מתנאי מסחר אלו. לבסוף, נדרש מנגנון שמעניש צד הסוטה מהתנאים שהוסכמו, על מנת ליצור תמריצים מספיקים לכל המתחרים להמשיך ולפעול בהתאם להסדר. המחקר הכלכלי עומד על תנאי שוק אשר בהתקיימם תגבר הנטייה להתנהגות מקבילה.³⁵ אלו כוללים תנאים מבניים (כגון

³¹ OECD 2017, לעיל ה"ש 6, בעמ' 43, Gal, *Illegal Agreements*, לעיל ה"ש 5; CORMEN ET AL., 2009, לעיל ה"ש 2, בעמ' 192-193, 843-849.

³² Carl Shapiro, *Theories of Oligopoly Behavior*, in HANBOOK OF INDUSTRIAL ORGANIZATION vol. I 329 (Richard Schmalensee & Robert D. Willig eds., 1989); מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן "הסדרים כובלים – יסודות האיסור" **ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים** 193, 239 (מיכל גל ומנחם פרלמן עורכים 2008).

³³ ע"פ 2560/08 **מדינת ישראל נ' וול**, פס' קד לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 6.7.2009); מיכל (שיצר) גל "מהו 'הסדר'? קו הגבול בין תיאום לבין התאמה בחוק ההגבלים העסקיים" **עיוני משפט** כט 591 (2006).

³⁴ George J. Stigler, *Theory of Oligopoly*, 72 J. POLITICAL ECON. 44, 44-46 (1964).

³⁵ MARC IVALDI ET AL., EUR. COMM'N, THE ECONOMICS OF TACIT COLLUSION FINAL REP. FOR DG COMPETITION (2003), https://ec.europa.eu/competition/mergers/studies_reports/the_economics_of_tacit_collusion_en.pdf; SIGRID STROUX, US AND EC OLIGOPOLY CONTROL (2004); Patrick Rey, *Collective Dominance and the Telecommunication Industry*, in THE ECONOMICS OF ANTITRUST AND REGULATION IN TELECOMMUNICATION MARKETS 91, 91-102 (Pierre A. Buigues & Patrick Rey eds., 2004).

מיעוט מתחרים וחסמי כניסה גבוהים לשוק); מאפייני המוצר (כגון הומוגניות המוצרים, היוצרת אדישות אצל הצרכן לגבי מיהות היצרן ומקלה על זיהוי סטיות); תנאי ביקוש (כגון ביקוש יציב בשוק המוצר או נפח עסקאות גדול); תנאי היצע (שקיפות מחירים, עודף כוח ייצור המהווה איום אמין במלחמת מחירים); ואופיים של המתחרים (כגון מתחרה שהוא מחולל-תחרות).³⁶

בשנים האחרונות התפתח מחקר ענף בשאלה כיצד אלגוריתמים יכולים להשפיע על היווצרות תיאום או התאמה, המובילים לעלייה ביוקר המחיה. כיום כבר מוסכם על רוב החוקרים – משפטנים, כלכלנים ומדעני מחשב כאחד – שבתנאי שוק מסויימים אלגוריתמים יכולים לקדם התנהגות מקבילה. סוגיה זו עלתה לראשונה ב-2016, במחקרם פורץ-הדרך של אזרחי וסטוקי.³⁷ הם זיהו ארבע קטגוריות בהן שימוש באלגוריתמים יכול להשפיע על שיווי המשקל התחרותי: ראשית, שימוש באלגוריתמים על מנת לאכוף הסכמים קיימים. בעניין Topkins, למשל, צדדים לקרטל בנוגע למחירים של פוסטרים שנמכרו אונליין תכננו אלגוריתם שייקבע את המחיר שכל מוכר ידרוש עבור כל פוסטר, בתלות בתנאי השוק בזמן המכירה, כך שהמחיר ימקסם את רווחי כל המתחרים על חשבון הצרכנים.³⁸ שנית, שימוש מקביל של מתחרים באותו ספק תוכנה לקביעת תנאי המסחר שלהם (hub and spoke), עלול להקל על האלגוריתם של ספק התוכנה לקבוע תנאי מסחר המובילים לעליית מחירים מקבילה. שלישית, תכנות מכוון של האלגוריתם על ידי מומחה כך שיקל על התנהגות מקבילה, דוגמת שימוש באלגוריתם מחקה (follow-the-leader). רביעית, שימוש באלגוריתם לומד, המעבד את הנתונים ומקבל החלטה עצמאית לגבי המחיר שיש לדרוש תחת תנאי שוק שונים. במקרה זה, המכונה על ידי אזרחי וסטוקי "עין אלוהית", האלגוריתם משתמש ביכולתו להסקת מסקנות מנתוני הקלט, לשם ביצוע המשימה שהוצבה לו (לדוגמא, מקסום רווחי המשתמש). מחקרים תיאורטיים, ניסויים, ואמפיריים הראו כיצד השימוש באלגוריתמים לומדים יכול להוביל להתנהגות מקבילה.³⁹ בעוד שלושת המקרים הראשונים בטיפולגיה של אזרחי וסטוקי מערבים פעילות אנושית מכוונת (human in the loop), המקרה האחרון מערב רק בחירה של סוג אלגוריתם הלמידה שיופעל, מסד הנתונים שיקושר אליו, והמטרה שהאלגוריתם מתבקש להגשים. ארבעה מקרים אלו משמשים בסיס לניתוח הנורמטיבי שיערך בפרק הבא.

בדומה להתנהגות מקבילה המערבת בני אנוש, תנאי שוק מסויימים יכולים להקל על התנהגות מקבילה שנוצרת או מתחזקת על ידי אלגוריתמים. כך, למשל, שקיפות עלויות ומחירים אונליין מאפשרת איסוף מהיר של נתונים ותגובה מהירה של שינוי המחיר בהתאם. נניח שהורדת מחיר של מתחרה תוביל לעדכון מחירים מידי על ידי מתחריו. במצב זה, היכולת לפתות לקוחות חדשים על ידי הורדת מחיר הינה בלתי אפקטיבית. שקיפות וריבוי מידע יכולים גם לעזור למתחרה לאבחן האם הורדת המחיר נובעת מסטייה מכוונת של

שם.

ARIEL EZRACHI & MAURICE E. STUCKE, VIRTUAL COMPETITION: THE PROMISE AND PERILS OF THE ALGORITHM-DRIVEN ECONOMY (2016).

United States v. Topkins, No. CR-15-00201 (N.D. Cal. Apr. 6, 2015).

לפירוט, ראו Michal S. Gal, *Limiting Algorithmic Coordination*, 38(1) BERKELEY TECH. L.J. 173 (2023).

36

37

38

39

מתחרה מהסטטוס-קוו או שמא מדובר בתגובה רציונלית לשינויים חיצוניים בתנאי השוק, עובדה היכולה לסייע לקבלת החלטה נגד יציאה למלחמת מחירים שסופה פגיעה ברווחי החברות. אלא, שמלחמת מחירים יכולה להועיל לצרכן ולרווחה החברתית. בדומה, שקיפות של האלגוריתם עצמו יכולה להקל על המתחרים "לקרוא את המחשבות" של מתחריהם, עוד בטרם ננקטה פעולה כלשהי בשוק, ולהגיב בהתאם.⁴⁰

תכונותיהם של אלגוריתמים וכן של השווקים הדיגיטליים בהם הם לרוב פועלים גם משפיעים על ההנחות בדבר תנאי השוק בהם יכולה להתקיים התנהגות מקבילה. כך, למשל, ההנחה הרווחת במחקר הכלכלי – בטרם התגבר השימוש באלגוריתמים לומדים – היתה כי הגעה לתיאום או להתאמה מחייבת מספר שחקנים מצומצם.⁴¹ אלא שהיכולת של אלגוריתמים לערוך חישובים מורכבים באופן מהיר, כמו גם שקיפות המחירים בשווקים דיגיטליים, מקלה על הגשמת שלושת התנאים של סטיגלר גם בשווקים בהם יש יותר מתחרים, ועלולה להוביל לגידול במספר השווקים בהם המחיר הוא על-תחרותי.⁴²

השימוש הגובר באלגוריתמים לקבלת החלטות בשווקים רבים, כמו גם השפעת תכונותיהם על היכולת של השווקים לפעול בתיאום או בהתאמה, מגבירים משמעותית את הסכנה להעלאת יוקר המחיה. אין זה חשש תיאורטי. כך, למשל, מחקר שנערך בגרמניה הראה ששימוש באלגוריתמים לקביעת מחירים בשוק תחנות הדלק העלה את המחיר ב-28% (!) בשווקים דואופוליסטיים בהם שני המתחרים (שתי תחנות דלק הסמוכות זו לזו) השתמשו באלגוריתמים לומדים לקביעת מחיריהם.⁴³ מחקר נוסף מצא ראיות לכך שאלגוריתמי תמחור שבהם השתמשו מוכרים ב-Amazon Marketplace, שהפעילו מחזורים של העלאות מחירים גדולות ולא תכופות שהתחלפו עם תקופות של הורדות מחירים תכופות, יציבות וקטנות, היו יעילים בשכנוע מתחרים להעלות את מחיריהם, והובילו לעלייה ממוצעת של 8% במחיר.⁴⁴ בדומה, השימוש של כל בעלי המלונות בשדרת המלונות המרכזית בלאס-וגאס באותה חברה חיצונית שסיפקה שירותים אלגוריתמיים לקביעת מחירי חדרי המלון ברשותם גרמה לעליית מחירים בעיר.⁴⁵ גם בישראל הועלתה טענה דומה, אך מכיוון הספקים. האיגוד המקצועי של חברות הפרסום טען בפני רשות התחרות כי מספר צרכנים גדולים משתמשים במשא ומתן מולם בשירותיה של חברה שהאלגוריתם שלה ממליץ כיצד לחלק את תקציב הפרסום. ההמלצה המבוססת, בין היתר, על הערכות המחיר של שירותי פרסום כאמור. האלגוריתם מבסס הערכות אלו, בין היתר, על עסקאות קודמות של מי שמשתמש בו. לפי

40 שם.

41 OECD 2017, לעיל ה"ש 6.

42 שם.

43 Assad et al., לעיל ה"ש 11.

44 Leon Mussolff, *Algorithmic Pricing Facilitates Tacit Collusion: Evidence from E-Commerce*, EC '22: Proceedings of the 23rd ACM Conference on Economics and Computation 32 (2022); Leon Mussolff, *Algorithmic Pricing, Price Wars and Tacit Collusion: Evidence from E-Commerce* (2024), https://lmussolff.github.io/papers/Algorithmic_Pricing.pdf

45 Class Action Complaint at 2–8, *Gibson v. MGM Resorts Int'l*, 2023 WL 7025996 (D. Nev., Gibson, 2023 WL 7025996, : ההחלטה השיפוטית; Oct. 24, 2023) (No. 23-cv-00140), ECF No. 1

טענת חברות הפרסום, השימוש באלגוריתם זה הוביל לירידת מחירים. בינתיים, הרשות בחרה שלא להתערב בשוק זה.⁴⁶

(ב) השפעת השימוש באלגוריתמים על התנהגות יוניטרלית: ניצול והדרה⁴⁷

אלגוריתמים גם מעלים את החששות לפגיעה ביוקר המחיה דרך השפעתם על התנהגות יוניטרלית. התנהגות כאמור יכולה להתבטא בניצול הצרכנים (למשל, על ידי קביעה של מחירים גבוהים), או בהדרת מתחרים, המובילה להפחתה מלאכותית של הלחצים התחרותיים בשוק, אשר בתורה מעלה את יוקר המחיה. בהתאם לתיאוריה הכלכלית, על מנת לנקוט בפעולות אלו יש צורך שלנוקט בהן יהיה כוח שוק משמעותי.⁴⁸ כוח זה יכול לנבוע, בין היתר, משימוש באלגוריתמים טובים יותר, כמו אלגוריתם החיפוש של מוטא (גוגל), אשר לפחות עד לאחרונה יצר לה יתרון משמעותי בשוק החיפוש האינטרנטי. מרבית המקרים עניינם שימוש באלגוריתמים המאפשר לחברה בעלת כוח שוק – שאינו נובע מיכולות אלגוריתמיות – להעלות עוד יותר את המחירים מעבר לרמה בה היו ללא השימוש באלגוריתם. להלן אדגים זאת באמצעות חמש השפעות.

ראשית, אלגוריתמים יכולים להוביל לקביעת מחירים גבוהים יותר. בהתאם לתיאוריה הכלכלית, כוח שוק משמעותי מאפשר לחברה למקסם את רווחיה על ידי דרישת המחיר הגבוה ביותר הממקסם את רווחיה (המחיר המונופוליסטי).⁴⁹ הלכה למעשה, חישוב מחיר זה כרוך בקשיים אמפיריים וחשובים, הנובעים מהקושי לאמוד נכונה את נכונות הצרכנים לשלם (willingness to pay, להלן: "WTP"). השימוש באלגוריתמים מבוססי-נתונים עשוי להקל על קשיים אלו. ככל שהאלגוריתם מאפשר חישוב אומדן מדויק יותר, כך עולה יכולת החברה לקבוע במדויק את המחיר הממקסם את רווחיה.⁵⁰ בנוסף, המלומדים O'dea ו-McSweeney טוענים שלא אלגוריתמים יש יכולת משופרת לזהות שווקי נישא וליצור בידול בין קבוצות שונות של צרכנים על בסיס גמישות הביקוש שלהם, וכך להוביל לגביית מחיר גבוה יותר בכל שוק נישא בנפרד.⁵¹

שנית, אלגוריתמים יכולים לסייע באפליית מחירים, אסטרטגיה שעניינה הגדלת רווחי החברה בדרך של גביית מחיר שונה על מוצר זהה או דומה מצרכנים דומים, על בסיס גמישות הביקוש השונה שלהם.⁵² אפליית מחיר מאפשרת גביית מחיר גבוה יותר, לפחות מחלק מהצרכנים, מחיר (שקרוב יותר למחיר) המקסימלי אותו כל צרכן מוכן לשלם. לצורך מימוש

⁴⁶ מבוסס על שיחה עם אדם המעורב ישירות במקרה. כיון שהוחלט לא להתערב, המידע לא מופיע באתר הרשות.
⁴⁷ ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV. (OECD), ALGORITHMIC COMPETITION (2023),
<https://www.oecd.org/daf/competition/algorithmic-competition-2023.pdf>.

⁴⁸ שם, בעמ' 21.

⁴⁹ להגדרתה ראו: עדי אייל "הבסיס הכלכלי לדיני ההגבלים העסקיים", בניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים 111, לעיל ה"ש 26.

⁵⁰ לא תמיד יהיה מחיר זה גבוה יותר. קיימת גם אפשרות כי הפירמה טעתה וקבעה בעבר מחיר גבוה יותר מהמחיר הממקסם את רווחיה.

⁵¹ Terrell McSweeney & Brian O'dea, *The Implications of Algorithmic Pricing for Coordinated Effects Analysis and Price Discrimination Markets in Antitrust Enforcement*, 32 ANTITRUST 2 (2017).

⁵² ה"ע (י-ם) הפרוצדורה הישראלית לתקליטים וקלטות נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס' 28-26 (נבו 29.4.2004) (להלן: הפרוצדורה הישראלית).

אפליית מחירים יש צורך בהתקיימות שלושה תנאים מצטברים: יכולת אמידת ה-WTP, כוח שוק, והיעדר שוק משני המאפשר מכירה חוזרת בין צרכנים (ארביטראז'). שימוש באלגוריתמים משפר את ההסתברות לקיומה ולרווחיותה של אפליה: ככל שיכולת הסקת מסקנות מנתונים גדולה יותר, כך האלגוריתם יכול לחשב ביתר קלות ודיוק את ה-WTP של כל צרכן, לעיתים עד כדי אפליית מחיר מדרגה ראשונה (דהיינו קביעת מחיר מותאם אישית לכל צרכן).⁵³ התחכום האלגוריתמי, המאפשר ניתוח מדויק ומחיר של מספר רב של גורמים בו-זמנית מתוך מערך נתוני-עתק, תוך זיהוי מקטעי צרכנים שבהם לתחרות יש השפעה מוגבלת יותר, מספק מנגנון יעיל להפחתת העלויות של מי שנוקט באפליית מחירים. האפשרות המוגברת לאיסוף נתונים, אחסונם וניתוחם, כמו גם הפיחות בעלויות הכרוכות בפעולות אלו, מגבירה עוד יותר את כדאיות האפליה מבוססת-הנתונים. כך לדוגמה, התברר ש-Uber השתמשה באלגוריתם התמחור שלה גם במאפיינים של המכשיר הסלולרי ממנו נשלחה הבקשה, דוגמת כמה סוללה נותרה בו, על מנת לאמוד את האפשרות הריאלית של הצרכן לקבלת הצעה מתחרה, אשר השפיעה על ה-WTP.⁵⁴ בנוסף, בעוד שבעבר האפשרות לנקוט בתמחור מפלה היתה מוגבלת בעיקר לרמת הסיטונאי בשל חוסר היכולת להגיע לכל צרכן קצה בנפרד, פלטפורמות המקשרות ספקים ישירות ובזול עם צרכני קצה מקלות על השימוש בתמחור מפלה ברמת הקמעונאות.⁵⁵ יתרה מכך, הפלטפורמות המקוונות יוצרת מצב בו הצרכן לא רואה בהכרח את המחיר המוצע לצרכן אחר, עובדה המגבירה עוד יותר את היכולת להפלות מחירים. לאור זאת, אין זה מפתיע שלאחרונה התפרסמו ידיעות על כך שחברת התעופה ישראייר החלה להשתמש בפלטפורמה אינטרנטית אשר אפשרה לה "לגבות את המחיר המקסימלי אותו [כל] צרכן מוכן לשלם".⁵⁶ חברת Quicklizard, אשר ישראייר משתמשת בשירותיה, מציינת באתר האינטרנט שלה שהיא אומדת את גמישות הביקוש על בסיס משתנים חיצוניים כגון עונתיות, כמו גם משתנים אנדוגניים דוגמת תמחור המתחרים.⁵⁷ מעברה של ישראייר לרווחיות תפעולית ברבעון הרביעי של שנת 2022 מיוחס, בין היתר, לשימוש באותו אלגוריתם.⁵⁸ הספרות הכלכלית

Sheng Li, Claire Chunying Xie & Claire Feyler, *Algorithms & Antitrust: An Overview of EU and National Case Law*, 102334 CONCURRENTS 3 (2021).⁵³

Le Chen, Alan Mislove & Christo Wilson, *Peeking Beneath the Hood of Uber*, 2015 INTERNET MEASUREMENT CONF. 495 (2015), <https://doi.org/10.1145/2815675.2815681> (דנים בכך שאובר גבתה מחירים שונים עבור נוסעים באותו אזור באותו זמן); Christopher Leslie, *Predatory Pricing Algorithms*, 97 N.Y.U. L. REV. 49 (2023).⁵⁴

Thomas K. Cheng & Julian Nowag, *Algorithmic Predation and Exclusion*, 25 U. PA. J. BUS. L. 41 (2023).⁵⁵

יורם גביון "התוכנה שהקפיצה את רווחי ישראייר ממשיכה לעשות זאת ב-2023" **דה מרקר** (28.3.2023).⁵⁶ <https://www.themarker.com/markets/2023-03-28/ty-article/.premium/00000187-28b9-d6f0-af9f-79fde9940000?Its=1682417757011>

QUICKLIZARD, PRICE ELASTICITY & THE CHALLENGES IN RETAIL 14 (2022),⁵⁷ <https://www.quicklizard.com/wp-content/uploads/2021/12/price-elasticity-ebook.pdf>

גביון, לעיל ה"ש 56.⁵⁸

נחלקת בשאלה האם אפליית מחיר פוגעת ברווחה החברתית הכוללת.⁵⁹ אולם, כפי שגל ורוביפלד טוענים, גם אם אפליה בשוק מוצר אחד לרוב לא תגרום לפגיעה משמעותית ברווחה החברתית, אפליה נרחבת בשווקים רבים ומרכזיים במקביל, עלולה לפגוע בה.⁶⁰ הדוגמא השלישית עניינה תמחור טורפני. תמחור טורפני מורכב מאסטרטגיה דו-שלבית: בשלב הראשון המונופול הטורף דורש מחיר הפסדי, שאינו מכסה את עלויותיו השוליות בטווח הקצר, תחת ההנחה שמתחרה העומד להיכנס או להתרחב בשוק ייסוג מהחלטתו זו (השלב הטורפני). בשלב השני, המונופול מעלה את המחיר לרמתו המונופוליסטית (שלב השבת הרווחים).⁶¹ רווחיותה של אסטרטגיה זו שנויה במחלוקת בין כלכלנים. אסכולת שיקגו טענה שכמעט בלתי אפשרי עבור טורפים מונופוליסטיים להחזיר במלואם את ההפסדים שספגו, מה שהופך את האסטרטגיה ללא רציונלית מבחינה כלכלית.⁶² טענתם מבוססת על ההנחה שהטורף אינו יכול להפלות במחיר (הנחת המחיר הדומה), ועל כן עליו לשאת בהפסדים לגבי כל כמות המוצרים הנמכרת על ידו. זאת ועוד: המחיר הנמוך יביא להגברת הביקוש למוצר, והטורף יידרש לספק את המוצר לכל השוק במחיר הנמוך (הנחת הקיבולת). אלגוריתמים עשויים להשפיע על שתי הנחות אלו. כפי שנטען על ידי Leslie⁶³ וכן על ידי Cheng ו-Nowag⁶⁴, אלגוריתמים יכולים להקל על השבת הרווחים. אלגוריתמים עושים זאת על ידי הבחנה בין הצרכנים: צרכנים שעלולים לעבור למתחרים ייהנו מהמחיר הנמוך, הטורפני. לעומת זאת, צרכנים שהסיכוי שיעברו לרכוש מהמתחרים הוא קטן, ישלמו מחיר גבוה, שלא יוצר הפסדים ואף מאפשר לבעל המונופולין כיסוי חלק מההפסדים שהאספקה לצרכנים בקבוצה הראשונה יוצרת לו.⁶⁵ בנוסף, אלגוריתמים מורידים את עלויות ניתוח הנתונים על הצרכנים.⁶⁶ לבסוף, על ידי גרימת נזק מדויק וישיר למתחרים, מיקוד אלגוריתמי יכול להפחית את משך השלב הטורפני ולהגדיל את פוטנציאל ההחזר.⁶⁷ בהתאם לכך, השימוש באלגוריתמים יוצר דרך יחסית נוחה וקלה לאסטרטגיית תמחור טורפני, המוביל להדרת מתחרים ולהפחתת הלחצים התחרותיים בשוק.⁶⁸ הדוגמא הרביעית עניינה קשירת מוצרים. קשירה מתקיימת כאשר מונופול קושר את המוצר שבמונופולין (המוצר הקושר) לרכישת מוצר אחר (המוצר הקשור), בדרך פיזית,

Luke Garrod & Matthew Olczak, *Collusion under Imperfect Monitoring with Asymmetric Firms*, 65 J. INDUS. ECON. 654, 657 (2017).

Gal & Rubinfeld, לעיל ה"ש 14.

George Alan Hay, *The Economics of Predatory Pricing*, 51 ANTITRUST L. J. 361 (1982).

John S. McGee, *Predatory Price Cutting: The Standard Oil (N.J.) Case*, 1 J. L. & ECON. 137, 140 (1958).

Leslie, לעיל ה"ש 54.

Cheng & Nowag, לעיל ה"ש 55.

שם.

SC Innovations, Inc. v. Uber Techs., Case No. 18-cv-07440-JCS (N.D. Cal. May. 1, 2020).

Cheng & Nowag, לעיל ה"ש 55, בעמ' 47-64.

ראוי לציין שהצלחת אסטרטגיה זו תלויה גם באפשרות של המתחרים להבדיל בין הצרכנים על בסיס ה-WTP שלהם, כמו גם מודעות הצרכנים לאסטרטגיה הטורפנית ונכונותם לנקוט באסטרטגיה נגדית שתקטין את ההשפעה השלילית עליהם בטווח הארוך. אלגוריתמים עשויים לסייע בשני חישובים אלו. בנוסף, השונות במחיר לכל צרכן עשויה להגביר את הכדאיות של המתחרה להשאר בשוק ואף לאותת לטו שעסקינן באסטרטגיה טורפנית. Gal & Padilla, לעיל ה"ש 30.

תמחורית, או טכנולוגית. ניתן להשתמש באלגוריתמים על מנת ליצור קשירה מחירית, בדרך של מתן משקל עודף בתמחור לפרמטרים היוצרים מוטיבציה לצריכת המוצר הנקשר יחד עם המוצר הקושר, מעבר למוטיבציה שהיתה נוצרת בתנאי שוק תחרותיים.⁶⁹ אדגים זאת על ידי החלטתה של רשות התחרות האיתלקית בעניין אמזון. מחקירת הרשות התברר שהאלגוריתם של אמזון, אשר מחליט איזה מוצר יכלול בהצעה לרכישה מיידית (Buy-Box), נותן משקל גם לפרמטר הבוחן האם המוכר משתמש גם בשירותיה הלוגיסטיים של אמזון. כיון שמרבית הקונים לוחצים על ההצעה לרכישה מיידית מבלי לבדוק את יתר ההצעות, וכך מפספסים לעיתים הצעות זולות יותר, האלגוריתם יצר מוטיבציה מוגברת לספקים לרכוש מאמזון גם את שירותי הלוגיסטיקה שלה.⁷⁰ קשירה גם ניתנת להסתרה טובה יותר, אם האלגוריתם נותן משקל למספר רב של פרמטרים בעת בחירת המוצר, והוא משתנה לאורך זמן.⁷¹

הדוגמא החמישית עניינה תמחור על-תחרותי סלקטיבי, שבו קונה מציע מחיר על-תחרותי לספקים מסוימים עבור תשומה. מחיר על-תחרותי יכול להוות אינדיקציה לתחרות חזקה ובריא. לדוגמה, חברה עשויה לשלם יותר לעובדים איכותיים שיש להם הצעות אחרות, על מנת להבטיח שהם יעבדו אצלה. עם זאת, לתמחור סלקטיבי עשויות להיות השפעות מדירות אנטי-תחרותיות אם הקונה משלם ביתר בכוונה להגביל את הזמינות של תשומה חיונית עבור מתחריה, ובכך להעלות את עלויות יריבו.⁷² אלגוריתמי חיזוי מגבירים את היכולת להבדיל בין תנאי ביקוש והיצע שונים, ומעלים את הרווחיות של תמחור סלקטיבי על-תחרותית. לשם המחשה, נפנה לפרשת **Uber Techs**.⁷³ אובר וליפט מתחרות בשוק אספקת שירותי הסעה דרך פלטפורמה אינטרנטית. במסגרת זו, הן התחרו על שירותיהם של בעלי רכבים לשמש כנהגים בפלטפורמות שלהן. חלק מהנהגים נטו לבחור בכל משמרת את הפלטפורמה עימה יעבדו. לאובר היה תמריץ חזק לפתות נהגים לעבוד עימה, ולהגדיל את השפעות הרשת שלה: ככל שיותר נהגים היו זמינים, כך השירות למשתמשים היה טוב יותר, ויותר משתמשים העדיפו להשתמש בשירותיה. יחד עם זאת, לאובר היה אינטרס למזער את היתרונות שהיא הציעה לנהגיה. לשם כך, היא הגתה תכנית מבוססת אלגוריתמים, שכונתה על ידי "ג'הנום", כדי לזהות את אותם נהגים שהיה סיכון מוגבר שהם יטו לעבוד במשמרת מסוימת עם ליפט, ולהציע להם תנאים טובים מאלו שהוצעו ליתר נהגיה. ליפט, שלה לא הייתה גישה למסד נתונים מפורט דומה, לא יכלה לנקוט בהתנהגות דומה.⁷⁴

חמש דוגמאות אלו ממחישות כיצד השימוש באלגוריתמים בתהליכי קבלת החלטות בשוק עלול לגרום לעליית מחירים, בין היתר בשל הקטנת פערי המידע בין ספקים מונופוליסטיים לבין צרכניהם. עם זאת, כאמור לעיל, להקטנת פערי המידע יכולות להיות גם

Thomas K. Cheng, *Tying by Algorithms*, THEORETICAL INQUIRIES IN LAW (2025) 69
Algorithmic Competition – Note by Italy, DAF/COMP/WD(2023)10, at 3-5 (2023), 70
[https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD\(2023\)10/en/pdf](https://one.oecd.org/document/DAF/COMP/WD(2023)10/en/pdf)

EZRACHI & STUCKE 2016, לעיל ה"ש 37, בעמ' 46. 71

Thomas Krattenmaker & Steven C. Salop, *Anticompetitive Exclusion: Raising Rivals' Costs to Achieve Power over Price*, 96 YALE L. J. 209 (1986). 72

SC Innovations, Inc. v. Uber Techs., לעיל ה"ש 66. 73

Moon, *Uber's 'Hell' program tracked and targeted Lyft drivers*, ENDGAGET.COM, April 13, 2017, <https://www.engadget.com/2017/04/13/uberhell-program-lyft-drivers> 74

השפעות חיוביות על הצרכן, למשל כאשר הספק מבין טוב יותר את צרכיו של הצרכן הספציפי, ומתאים את המוצר לצרכיו.

ב. החלת הכלים המשפטיים הקלאסיים של דיני התחרות על אלגוריתמים

דיני התחרות הקלאסיים יכולים להתמודד חלקית עם הפגיעה בתחרות שנוצרת בשל השימוש באלגוריתמים. פרק זה בוחן את תחולתם במקרי הפגיעה בתחרות שנסקרו בפרק הקודם. לפני שניגש לדיון באיסורי החוק, הערה מקדימה הרלוונטית לכל המקרים: עם העובדה שפעולה מסוימת, כשלעצמה, מתבצעת על ידי אלגוריתם אינה מונעת את תחולתו של חוק התחרות הכלכלית (להלן: "חוק התחרות").⁷⁵ גם אם האלגוריתם מקבל את ההחלטה ומבצע את הפעולה באופן עצמאי, תמיד מעורב בן אנוש בחלק כלשהו של השרשרת: בתכנות האלגוריתם, בתכנות האלגוריתם שיצר את האלגוריתם (כמו במקרה של copilot של Github היכול ליצור אלגוריתמים בעצמו),⁷⁶ או בשימוש באלגוריתם לביצוע פעולה מסוימת. למעשה, עצם הבחירה להשתמש באלגוריתם, כמו גם ההחלטה להשתמש באלגוריתם מסוג מסוים, יוצרת קשר בין המשתמש לאלגוריתם.⁷⁷ קשה יותר היא שאלת הכוונה לפגוע בתחרות. מקום בו האלגוריתם משמש ככלי להוצאה לפועל של התנהגות קבועה מראש, השימוש בו אינו שונה משימוש בכל כלי אחר, דוגמת קובץ אקסל או שלט אלקטרוני המודיע על מחיר, המקל על שינויו בהתאם לתנאי השוק. קשה יותר הוא המקרה בו האלגוריתם מקבל החלטות עצמאיות, מקוריות, שלא ניתן היה לחזותן מראש, ובן אנוש אינו מעורב בהחלטה. כאן עולות שאלות של מודעות, עצימת עיניים ואחריות של מי שיצר את האלגוריתם, כמו גם של מי שבחר להשתמש דווקא בו. ככל שהמחקר הכלכלי בנושא מתפתח ומוכיח כי לעצם ההחלטה להשתמש באלגוריתם מסוג מסוים, או לקביעה מראש של חלק מפרמטרי ההחלטה שלו, יש השפעה משמעותית על האפשרות לנקוט בהתנהגות אנטי-תחרותית,⁷⁸ כך יוקל הנטל להוכחת כוונה. עסקינן בשאלות מורכבות, אשר קצרה היריעה במאמר זה לפרטן.

1. איסורים החלים על התנהגות מקבילה

חוק התחרות אוסר על חלק מהפעולות המובילות להתנהגות מקבילה. סעיף 4 לחוק אוסר על הסדר בין בני אדם שמנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל את עצמו באופן שפוגע

⁷⁵ Gal, *Illegal Agreements*, לעיל ה"ש 5.

⁷⁶ GitHub Copilot הוא כלי להשלמת קוד ותכנות אוטומטי שפותח על ידי GitHub ו-OpenAI, המסייע למשתמשים על ידי השלמה אוטומטית של קוד. *GitHub and OpenAI launch a new AI tool that generates its own code*, THE VERGE, June 29, 2021.

⁷⁷ ראו, למשל, Ryan Calo, *Artificial Intelligence Policy: A Primer and Roadmap*, 51 U.C.D. L. REV. 399 (2017).

⁷⁸ ראו, למשל, Ibrahim Abada & Xavier Lambin, *Artificial Intelligence: Can Seemingly Collusive Outcomes Be Avoided?*, 69(9) MANAGEMENT SCIENCE (2023); John Asker, Chaim Fershtman & Ariel Pakes, *Artificial Intelligence, Algorithm Design and Pricing*, 112 AER PAPERS & PROC. 452 (2022).

בתחרות או בציבור, בלא שקיבל פטור או אישור.⁷⁹ אין ספק שהמקרה הראשון בטיפולוגיה של אזרחי וסטוקי, במסגרתו האלגוריתם משמש כלי להוצאתו לפועל של הסדר קרטליסטי קיים, נכנס לגדר החוק.⁸⁰ כך גם לפחות חלק מהמקרים בהם מתחרים משתמשים באותו ספק חיצוני של שירות תמחור מבוסס-אלגוריתמים, וזאת בעיקר כאשר המתחרים מעבירים לספק האמור מידע שאינו גלוי בשוק, המאפשר לאלגוריתם לקבוע מחיר שיתקרב יותר למחיר שממקסם את רווחי המשתמשים בו.⁸¹

שני המקרים הבאים, שעניינם תכנות מכוון של האלגוריתם כך שהוא יקדם התנהגות מקבילה ואלגוריתם שבוחר באופן עצמאי כיצד להגשים מטרה מסוימת (דוגמת מקסום הרווח של מפעילו) ובוחר בהתנהגות מקבילה, מעלים ספקות באשר ליכולת של דיני התחרות הקלאסיים לתפסם בחיקם.⁸² זאת כיוון כשבעוד שתיאום בין מתחרים אסור על פי החוק, התאמה אוליגופוליסטית היא חוקית.⁸³ הדין מתייחס אליה כאל פעולה יוניטרלית ולא מולטיטרלית, ועל כן היא אינה מקיימת את התנאי של "הסדר" הנדרש להחלת האיסור על הסדר כובל.⁸⁴ זהו הדין החל בכל רחבי העולם, למרות השפעתה המזיקה של התאמה.

עם זאת, שני כלים משפטיים קלאסיים עשויים למנוע מצבים מסוימים של התאמה אוליגופוליסטית. הראשון הוא דיני המיזוגים, המפורטים להלן. השני עניינו התנהגות מקילה - פעולה רצונית ומכוונת אשר משנה את תנאי השוק הקיימים בדרך שמקילה על התנהגות מקבילה, ללא יתרונות מאזנים לרווחת הצרכנים.⁸⁵ התנהגות זו עשויה לשמש כראיה עקיפה לקיומו של הסדר (התנהגות כזו קרויה בדיני התחרות גורם מצרפי חיובי, בשל העובדה שמדובר בפעולה אקטיבית, נמנעת, המקילה על התנהגות מקבילה).⁸⁶ בעניין קרטל חברות הביטוח, בית המשפט העליון מנה דוגמאות ל"אותות ראייתיים" להסדר, דוגמת חילופי מידע הדדיים, תלונות הדדיות בגין הפרת הסכמות קודמות, ומינוי מפקח על התיאום.⁸⁷ בהקשר זה עולה השאלה בדבר מידת ההוכחה הנדרשת: האם יש להוכיח כי הגורם המצרפי החיובי אכן שינה בפועל את תנאי השוק - או עמד לשנותם - בדרך שבלעדיה לא הייתה התאמה אוליגופוליסטית מתקיימת, בבחינת "גורם בלעדי אין", או שמא די בקיומו של גורם מצרפי חיובי אשר היה עשוי להוות בסיס לתיאום, אף אם אין הוא "גורם בלעדי אין". רוב הערכאות האמריקאיות קבעו כי די בהוכחת החלופה השנייה. כמפורט במקום אחר, לדעתי זה גם הדין הרצוי.⁸⁸

⁷⁹ ס' 4 לחוק התחרות הכלכלית תשמ"ח-1988 (להלן: "חוק התחרות").

⁸⁰ EZRACHI & STUCKE 2016, לעיל ה"ש 37.

⁸¹ ראו, למשל, Joseph E. Harrington Jr., *The Effect of Outsourcing Pricing Algorithms on Market Competition*, 68 MANAGEMENT SCIENCE 6889 (2022); LUKE GARROD, JOSEPH E. HARRINGTON JR. & MATTHEW OLCZAK, HUB-AND-SPOKE CARTELS: WHY THEY FORM, HOW THEY OPERATE, AND HOW TO PROSECUTE THEM (2023).

⁸² ראו, למשל, EZRACHI & STUCKE 2016, לעיל ה"ש 37; Gal, *Illegal Agreements*; לעיל ה"ש 5.

⁸³ עניין וול, לעיל ה"ש 33.

⁸⁴ שם, בפס' קי לפסק דינו של השופט רובינשטיין; "מהו הסדר", לעיל ה"ש 33, בעמ' 623-636.

⁸⁵ "מהו הסדר", שם, בעמ' 632-634.

⁸⁶ עניין וול, לעיל ה"ש 33, בפס' קז לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁸⁷ ע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ' תק-על (1)2005, 4756, פסקה 133.

⁸⁸ "מהו הסדר", לעיל ה"ש 33, בעמ' 611-616.

בנוסף, מקום שההתנהגות המקילה היא תוצאתו של הסדר, הסדר זה כשלעצמו עשוי להיות הסדר כובל. שאלת מעמדו המשפטי של הסדר מקל, כשלעצמו, טרם נידונה לפני ערכאות שיפוטיות בארץ, אולם נראה כי לשון הסעיף רחבה דייה לכלול באיסור כל הסדר שעלול לפגוע בתחרות, אף אם באופן עקיף.⁸⁹ ניתן לראות ניצנים לגישה זו בהחלטותיו של הממונה. בעניין הבנקים עמד לבחינה משא-ומתן בין הבנקים שנועד לגבש הסכמה בנוגע למעבר לשבוע עבודה מקוצר.⁹⁰ הממונה קבע, בהחלטה שלאחר מכן אושרה על ידי בית הדין, כי עצם ההתכנסות של הבנקים כדי לבדוק את כדאיות הסגירה המתואמת מהווה הסדר כובל.⁹¹ כלומר, גם משא-ומתן לצורך גיבוש הסכמה הינו כשלעצמו הסדר כובל, שכן הוא מקל על הצדדים להגיע להסכמה עתידית כלשהי בנושא, אף אם לא במהלך המשא-ומתן עצמו. גם את החלטת הממונה בעניין האינטרנט ניתן לפרש כנותנת ביטוי לגישה זו.⁹² במקרה זה קבע הממונה, באמרת-אגב, כי ההכרזות של המתחרים בכלי-התקשורת בדבר כוונתם לגבות כספים מהגולשים בעבור שירותי התוכן – הכרזות אשר כללו, בין היתר, את גובה התשלום הצפוי ואת לוחות-הזמנים לתחילת גבייתו – עשויות להוות הסדרים כובלים. כפי שקבע הממונה: "הנסיבות יכולות להצביע על כך שראיונות צולבים שמעניקים מנהלי עסקים מתחרים בכלי התקשורת משמשים בפועל ככלי להעברת מידע ולתאום בין מתחרים. על כן, הכרזות דומות המתקבלות אצל מתחרים המכלילים את צעדיהם בהתאם, יכולות לעלות כדי הסדר כובל."⁹³ איסור זה מאפשר למנוע באיבן פעולות אשר יקלו באופן משמעותי התנהגות מקבילה בשוק. הוא מהווה למעשה צעד-מנוע נגד התנהגות מקבילה בעלת השפעות אנטי-תחרותיות. זאת ועוד, בניגוד לקשיים ביישום איסורה של התאמה אוליגופוליסטית גרידא, במקרה דנן קיימת הוראה ברורה וניתנת לאכיפה בקלות יחסית שעניינה איסור המשכיותו של הסדר מקל.

עם זאת, פעולות מקילות עשויות לא להיות תוצאתו של הסדר, אלא תוצאה של התאמה אוליגופוליסטית או של פעולה חד-צדדית של אחד או יותר מבין השחקנים הפועלים בשוק. למשל, אחת החברות עשויה להודיע מראש על שינוי במחירה, ויתר החברות יקבלו החלטה עצמאית ללכת בעקבותיה, גם אם כל החלטה והחלטה מושפעת מהתגובה הצפויה של המתחרים. בארצות-הברית נעשו ניסיונות אחדים למנוע אימוץ עצמאי של דפוס פעולה המקל התנהגות מקבילה גם ללא אפשרות להוכחת תיאום, אך הללו לא צלחו.⁹⁴ בישראל טרם חרשו תלם זה, אך סביר שמקרים אלו לא ייחשבו כ"הסדר" ועל כן לא יהיו אסורים לפי ההוראות הקלאסיות של דיני התחרות. לאור זאת, סביר כי מרבית המקרים הנכנסים בגדר

⁸⁹ שם.

⁹⁰ החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מתן פטור לבנק הפועלים בע"מ מהחובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל (טרם פורסם, 19.2.1996), אתר רשות ההגבלים העסקיים, מספר פרסום 3001405.

⁹¹ ער 2/96 (י-ם) המועצה הישראלית לצרכנות נ' ד"ר יורם טורבוכין, הממונה על ההגבלים העסקיים, תק-מח 227 (1996).

⁹² החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין מתן פטור מאישור הסדר כובל: איגוד אתרי האינטרנט בישראל – החלטה לפי ס' 14 לחוק ההגבלים העסקיים (טרם פורסם, 28.8.2002), אתר רשות ההגבלים העסקיים, מספר פרסום 3015425.

⁹³ שם, פס' 7.

⁹⁴ STROUX, לעיל ה"ש 35, בעמ' 135-142.

המקרה השלישי והרביעי של אזרחי וסטוקי לא ייתפסו תחת הוראות החוק הקלאסיות. אקדמאים ורשויות תחרות ברחבי העולם מתחבטים כיצד ניתן לטפל בבעיה זו.⁹⁵

2. איסורים החלים על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי

חלק מההשפעות של השימוש באלגוריתמים על ידי בעל מונופולין נופלים תחת הוראות דיני התחרות. סעיף 29 אוסר על "ניצול לרעה" של כוח מונופוליסטי בדרך שפוגעת בתחרות או בציבור.⁹⁶ לצד האיסור הכללי, כולל הסעיף ארבע חזקות חלוטות לניצול לרעה כאמור. הדיון להלן סוקר בקצרה את האיסורים הרלוונטיים לחמשת הדוגמאות שהובאו לעיל. כאמור, אלגוריתמים יכולים לגרום לעליית המחיר האחיד שדורש בעל מונופולין. התנהגות זו עשויה להיכנס תחת החזקה המנויה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק, האוסרת על קביעת "מחיר בלתי הוגן".⁹⁷ ביולי 2022 קבע בית המשפט העליון בעניין **גפניאל** כי יש לפרש את החזקה ככוללת איסור על בעל מונופולין לקבוע מחיר גבוה בלתי הוגן (מחיר מופרז).⁹⁸ אולם בשל הקשיים המרובים בהחלת העילה,⁹⁹ נקבע שיש להחילה בזירות ובריסון.¹⁰⁰ החלטת בית המשפט העליון ב**נאור**, שניתנה במרץ 2023, מעלה עוד יותר את הרף, בקובעה שיש להחיל את העילה רק ב"מקרים חריגים והקיצוניים, הדוקרים את העין וברורים לכל".¹⁰¹ העילה מורכבת ממבחן דו-שלבי: מחיר גבוה באופן מופרז, שהינו גם בלתי הוגן. בית המשפט מדגיש שיש לוודא שהחלת האיסור אינה פוגעת ברווחת הצרכנים בטווח הארוך, תוך בחינה רחבה של השפעת האיסור על הדינמיקה בשווקים.¹⁰² לשם הכרעה בסוגיה "יש להביא בחשבון שיקולים כלכליים ותחרותיים, לרבות ההשלכות הכלכליות, לטווח הקצר ולטווח הארוך, הכרוכות בהחלת עילת המחיר המופרז... וליתן להם משקל נכבד".¹⁰³ בית המשפט מדגיש שאין די בהוכחת מחיר גבוה, ככל שיהיה,¹⁰⁴ ומעצם הקביעה שלחברה יש כוח שוק ניכר לא נובעת מאליה המסקנה שמחירה הגבוהים הם גם בלתי הוגנים.¹⁰⁵ כן מאיר בית המשפט שיקולים מרכזיים בסוגיית הוגנות המחיר, שאינם מהווים רשימה סגורה: האם בעל המונופולין "באופן עקבי ולאורך זמן, קרוב לשליטה מוחלטת בשוק", האם קיימת לצרכנים אלטרנטיבה אמיתית למוצר, מה הסיבות שבגינן הם מעדיפים את המוצר שבמונופולין, חיוניות המוצר, אורך התקופה שבמהלכה נקבע המחיר הגבוה, עוצמת החשש

⁹⁵ לסקירה ראו, למשל, Gal & Rubinfeld, לעיל ה"ש 14.

⁹⁶ ס' 29א לחוק התחרות.

⁹⁷ ס' 29א(ב)(1) לחוק התחרות.

⁹⁸ רע"א 1248/19 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' רונן גפניאל** (נבו 26.7.2022).

⁹⁹ ראו, למשל, מיכל (שיצר) גל והילה נבו "השפעת תורת ההחלטות על עיצוב כלים משפטיים: מחיר בלתי הוגן כניצול לרעה של כוח מונופוליסטי" **משפטים** מה 277 (2018).

¹⁰⁰ עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 98, בפס' 28 לפסק דינה של השופטת ברון.

¹⁰¹ ע"א 4120/20 **נאור ואח' נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל ואח'**, בפס' 55 ו-68 לפסק דינה של השופטת וילנר (נבו 20.3.2023).

¹⁰² עניין **גפניאל**, לעיל ה"ש 98, בפס' 46 לפסק דינה של השופטת ברון.

¹⁰³ עניין **נאור**, לעיל ה"ש 101, בפס' 57 לפסק דינה של השופטת וילנר.

¹⁰⁴ שם, בפס' 58.

¹⁰⁵ שם.

לפגיעה בתחרות ובציבור בשל הפגיעה בתמריצים, וקיומו של רגולטור ייעודי.¹⁰⁶ אין מניעה שאיסור זה יחול גם על מחיר גבוה שנקבע על ידי אלגוריתם או שהושפע מיכולתו לחשב בדיוק רב יותר את נכונות הצרכנים לשלם, אך, כאמור, העילה חלה רק במקרים נדירים וחריגים, במיוחד כאשר היא מוחלת בתביעות ייצוגיות.¹⁰⁷

חוק התחרות גם תופס בגדרו חלק מהמקרים בהם אלגוריתמים מגבירים את יכולתן של חברות לנקוט ביחס מפלה. סעיף 29א(ב)(3) לחוק מחיל חזקה חלוטה לניצול לרעה מקום בו בעל המונופולין קובע "תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסויימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם." עילת האפליה מחייבת הוכחת מספר תנאים: המפלה נהנה ממעמד מונופוליסטי, הוא מציב ללקוחות דומים תנאי מסחר שונים, והאפליה מעניקה לחלק מצרכניו יתרון בלתי הוגן כלפי מתחריהם.¹⁰⁸ מתנאים אלו עולה שכדי שהחזקה תחול, נדרשת פגיעה בתחרות. תנאי זה אינו מתקיים במקרה של אפליה בין צרכנים סופיים, כיון שצרכנים אלו – למשל אנשים פרטיים הרוכשים מקררים – אינם מתחרים ביניהם, בניגוד לצרכני-ביניים שיכולים להתחרות ביניהם, למשל יצרנים שרוכשים נוזלי קירור הנדרשים לייצור המקררים. טרם נדונה בדין הישראלי השאלה אם אפליה בין צרכנים סופיים ראוי שתיכנס תחת האיסור הכללי על ניצול לרעה, החל במקביל לחזקות החלטות לפגיעה בתחרות, אך כפי שפורט לעיל, מרבית הכלכלנים מתנגדים לאיסור כאמור. גם תמחור טורפני המושפע משימוש באלגוריתמים יכול ויכנס תחת החזקה החלה על קביעת "מחיר בלתי הוגן", המנויה בסעיף 29א(ב)(1) לחוק התחרות. התנאים להחלת האיסור הם קביעת מחיר מתחת למדד מסוים של עלות הייצור של בעל המונופולין, ללא הצדקה עסקית ראויה (דוגמת מכירת עודפים). עם זאת, עילת המחיר הטורפני טרם זכתה לליבון מעמיק בדין הישראלי – לא בפסיקה או בהחלטות הממונה.¹⁰⁹ למשל, טרם נקבע מהו המחיר אשר מתחתיו ייחשב המחיר הנמוך ל"בלתי הוגן", ומה יהיו התנאים שיידרשו להוכחת העילה: האם רק תמחור מתחת לעלויות בעל המונופולין ייחשב טורפני, או שמא גם תמחור מעל לעלויותיו שלו אך מתחת לעלויות מתחרייו. האם תידרש הוכחה להצלחת האסטרטגיה הדו-שלבית כחלק מהעילה, דהיינו כי בעל המונופולין אכן יכסה בשלב השני את הפסדיו? לשון הסעיף, האוסרת על "קביעת מחיר בלתי הוגן", רחבה דייה לכלול פרשנויות שונות.¹¹⁰

¹⁰⁶ שם, בפס' 59.

¹⁰⁷ שם, בפס' 68.

¹⁰⁸ עניין הפדרציה הישראלית, לעיל ה"ש 52.

¹⁰⁹ קיימות כמה החלטות שבהן עלתה הסוגיה לדיון בסיסי. כך למשל בהכרזה בדבר קיום מונופולין מפעלי פלדה מאוחדים, י"פ התשנ"ז-1952, נטען כי מפ"מ שיווקה ברזל מצולע ורשתות פלדה במחירי הפסד לקבלנים וצרכנים סופיים כדי לבסס את שליטתה בענף. בתי"פ 4783/93 מדינת ישראל נ' גיבור סבריה מפעלי טקסטיל בע"מ (טרם פורסם 15.2.1996), דחה בית המשפט את הטענה כי התנהגותו של קמעונאי אשר מכר את מוצרי החברה מתחת למחירי המחירון עלתה כדי טורפנות. בער 9/99 אמנה (תש"י) חברה להחסנה וערובה בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם 21.2.2002), נידון החשש כי החברה הממוזגת תוריד את מחירי האחסון לרמה מתחת לעלות שירותי ההספקה. בעניין הסדרי סחר בין ספקים ורשתות קמעונאיות (5.1.2005), קבע הממונה כי פרקטיקת "מוביל הפסד" (Loss Leader) היא לגיטימית ולא תיחשב לרוב כטורפנית. כן ראו: מאיר חת "גישות שונות לסוגיית התמחור הטורפני" המשפט יג 19 (תשס"ט).

¹¹⁰ לפרשנות הסעיף לאור תורת ההחלטות ראו: גל ונבו, לעיל ה"ש 99. ראו גם ORG. FOR ECON. CO-OPERATION & DEV (OECD), COMPETITION LAW AND POLICY IN ISRAEL (2011), <https://www.oecd.org/competition/50104572.pdf>

כך או כך, ניתן להחיל תנאים אלו על בעל מונופולין המשתמש באלגוריתמים על מנת לנקוט באסטרטגיה של תמחור טורפני.¹¹¹ עם זאת, במקרים רבים קיים קושי לקבוע מהן עלויות הייצור של בעל המונופולין, כדי לברר מהו מחיר שייחשב כטורפני.

כאמור, אלגוריתמים עשויים גם להגביר את הפוטנציאל לקשירה אנטי תחרותית. ההתנהגות זו עשויה להיתפס תחת החזקה המנויה בסעיף 29א(ב)(4) לחוק התחרות, האוסרת על "התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות." סעיף זה פורש כך שהוא מחיל איסור על בעל מונופולין להתנות – במישרין או בעקיפין, בצורה חלקית או מלאה – את מכירת המוצר שבמונופולין (המוצר הקושר) למוצר אחר (המוצר הקשור), אם התניה זו אינה בתנאים שמטבעם או בהתאם לתנאי מסחר רגילים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות.¹¹² התנאי האחרון מסייע להפריד בין קשירה רצויה מבחינה חברתית, לבין קשירה פוגענית, המגבילה את התחרות בשוק המוצרים הקשורים מבלי שהדבר ייטיב עם הצרכנים.¹¹³ קשירה יכולה להיות פיזית, טכנולוגית או כלכלית.¹¹⁴ בעוד שאלגוריתמים אינם משפיעים על הכלל המשפטי, הם עשויים להקשות על הוכחתו. ככל שהאלגוריתם מורכב יותר וככל שהוא שוקל יותר פרמטרים בתהליך קבלת ההחלטות שלו, כך יכול להיות קשה יותר להוכיח שבוצעה קשירה, במיוחד אם האלגוריתם אינו שקוף או שהמשקל שהוא נותן לפרמטרים מסוימים משתנה תדיר.¹¹⁵

לבסוף, תמחור סלקטיבי המתייעל על ידי אלגוריתם עשוי להיתפס תחת מספר איסורים הקבועים בחוק. החזקה האוסרת על קביעת "מחיר בלתי הוגן", אליה התייחסתי לעיל, עשויה לחול על תמחור סלקטיבי, באופן דומה לאיסור על מחיר טורפני, בשינויים המחויבים. זאת כיון שאסטרטגיות תמחור סלקטיביות על-תחרותיות הן, במידה מסוימת, תמונת הראי של אסטרטגיות תמחור טורפני מסורתיות, אלא שהן מכוונות לספקים, ולא לצרכנים, וכרוכות במחירים על-תחרותיים, ולא במחירים נמוכים.¹¹⁶ גם האיסור הכללי על ניצול לרעה, הקבוע בסעיף 20א(א) לחוק, עשוי לחול אם ייקבע שהתמחור הסלקטיבי יוצר מכשלות מלאכותיות לתחרות.

על מנת שאיסורים אלו יחולו, חוק התחרות דורש הוכחת קיומו של בעל מונופולין. בעל מונופולין מוגדר בסעיף 26 לחוק התחרות כמי "שחלקו בכלל האספקה של נכסים או בכלל רכישתם...עולה על מחצית", או כמי ש"מחזיק כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם." החלת המבחן הראשון תלויה בהגדרת השוק הרלוונטי. ככל שהשוק הוא יותר מצומצם, כך ייקל לקבוע שקיים בעל מונופולין, וההיפך. אלגוריתמים עלולים לגרום לכך שחברות יזהו תת-קבוצות של צרכנים עם מאפייני ביקוש שונים לאותו מוצר. רמת הנכונות

¹¹¹ Cheng & Nowag, לעיל ה"ש 55.

¹¹² ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות, פ"ד תשנט(2) 529, פס' 126 לפסק הדין (1999).

¹¹³ אלעד סלומינסקי ואיתי פלדור "עילת הקשירה בדיני התחרות: היבטים קוגניטיביים והתנהגותיים" משפטים נ 671, 663 (2021).

¹¹⁴ ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 112, בפס' 150 ו-158.

¹¹⁵ Gal & Padilla, לעיל ה"ש 30.

¹¹⁶ Cheng & Nowag, לעיל ה"ש 55.

של המאסדרים לקבוע שקבוצות אלו מהווים שווקים נפרדים, תשפיע על האפשרות למנוע פעולות הפוגעות ביוקר המחיה.

מהדיון לעיל עולה שהאיסורים הקבועים בחוק על ניצול כוח מונופוליסטי לרעה יכולים לחול גם על התנהגויות המשלבות שימוש באלגוריתמים. עם זאת, אלגוריתמים מעלים את רמת הקושי הכרוכה בתחולת החוק. הם יוצרים קשיים בזיהוי של התנהגות אנטי תחרותית. בנוסף, כפי שגל ופדילה מראים, חלק מההנחות העומדות בבסיס האיסורים – המותאמים לבני אדם – אינם מותאמים להתנהגות אלגוריתמית המאפשרת, כפי שראינו לעיל, חישוב הרבה יותר מהיר ויעיל של נכונות הצרכן לשלם בהינתן בסיס נתונים טוב דיו.¹¹⁷ זאת ועוד: ישנן התנהגויות שלא נכנסות תחת החזקות לניצול לרעה – דוגמת אפליה כלפי צרכנים סופיים – שיש מקום לשקול מחדש כיצד ראוי שהדין יתמודד עימן.

3. איסורים החלים על מיזוגים

חברות המבקשות להתמזג, הנופלות בגדר אחד התנאים הקבועים בחוק התחרות, נדרשות לאישור הממונה בטרם המיזוג.¹¹⁸ הממונה בוחן האם השינוי במצב השוק כתוצאה מהמיזוג עלול לפגוע בתחרות או בציבור ללא יתרונות מאזנים לרווחת הציבור.¹¹⁹ הפגיעה הנבחנת עניינה הגדלת הסיכון להתנהגות מולטילטרלית (תיאום או התאמה אוליגופוליסטית) או ליצירה או חיזוק של כוח שוק יוניטלרלי.¹²⁰ אין מניעה שרשות התחרות תיקח בחשבון, בעת עריכת ניתוח השוק, את השפעתם של אלגוריתמים על הסיכון כאמור, כמו גם על יצירת יתרונות מאזנים לרווחת הציבור.

על פני הדברים, הקלת האפשרות להגיע להתאמה אוליגופוליסטית באמצעות שימוש באלגוריתמים מפחיתה את התמריץ של מתחרים להתמזג, זאת כיון שיש יותר מקרים בהם אין צורך להתמזג על מנת להשיא רווחים בדרך של התנהגות מקבילה. משכך, אסדרה של מיזוגים נעשית פחות אפקטיבית ככלי התמודדות עם התאמה אוליגופוליסטית.¹²¹ יחד עם זאת, מדיניות מיזוגים רצויה צריכה למנוע את אותם מיזוגים שישפרו את יכולת החברה הממוזגת לנקוט בפעולות המערבות אלגוריתמים הפוגעות בתחרות ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור. בנוסף, התנאים לאישור המיזוג שמציב הממונה יכולים לשמש ככלי חשוב להתמודדות עם האפשרות המוגברת להתנהגות פוגענית שאלגוריתמים עלולים ליצור. כך, למשל, נניח שמיזוג יוצר גישה טובה יותר לאחד המשאבים הנדרשים להתאמה אוליגופוליסטית על ידי אלגוריתמים, שלא ניתן להשיג אותה יעילות דרך ערוצי שוק רגילים. יתרון יחסי כזה יכול לנבוע מסינרגיות (למשל, יצירת מערך נתונים משופר על ידי שילוב מערכי הנתונים של הצדדים המתמזגים או על ידי החלת אלגוריתמים יעילים יותר שפותחו על ידי חברה אחת, על מערך הנתונים של החברה השנייה). לחלופין, יתרון יחסי יכול לנבוע משלילת גישה של מתחרים למשאב חשוב לתחרות (כגון מידע המאפשר חישוב

¹¹⁷ Gal & Padilla, לעיל ה"ש 30.

¹¹⁸ ס' 17 ו-21 לחוק התחרות.

¹¹⁹ ס' 21 לחוק התחרות.

¹²⁰ גילוי דעת 1/11 של הממונה על הגבלים עסקיים "הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (23.1.2011).

רשות התחרות <https://www.gov.il/he/departments/policies/mergerguidelines>.

¹²¹ Gal & Rubinfeld, לעיל ה"ש 14.

מדויק יותר של תחזיות עסקיות). בעת בחינת המיזוג יש לקחת השפעות אלו בחשבון. בנוסף, לדיני המיזוגים יתרונות מובנים, בהם האפשרות למנוע, מראש, את חיזוקו של כוח שוק בדרך של מיזוג, גמישות הסעדים שניתן לתת בגדרם, וכן העובדה שהם מתמקדים באפשרות ובתוצאה ואינם דורשים הוכחת כוונה לנקוט בהתנהגות אנטי-תחרותית.¹²²

כפי שגל ורובינפלד מפרטים, הכרה בהשפעות אלגוריתמיות על הדינמיקה התחרותית בשוק מחייבת התאמות בדיני המיזוגים.¹²³ כך, למשל, יש מקום לבחון שינוי בספי הבחינה של מיזוגים כך שיתפסו חברות מטרה אשר להן נכסים המסייעים להתאמה אלגוריתמית. כיום, מיזוג יכול לחמוק מתחת לדאור הבחינה כאשר היקף המכירות של החברות הממוזגות קטן ועדיין אין להן מעמד מונופוליסטי. אולם מקום בו קיימות אינדיקציות חזקות כי המיזוג יצור יתרון תחרותי משמעותי, יש לקחת בחשבון את הנכס האלגוריתמי או מסד הנתונים של החברה המתמזגת על מנת לבחון את השפעת המיזוג על התחרות בשוק. בהקשר זה ניתן לילך בדרכה של הרשות הגרמנית שהוסיפה לדיני המיזוגים שלה סף נוסף המחייב בחינה של המיזוג, המבוסס על גובהה האבסולוטי של עסקת הרכישה.¹²⁴ דוגמא נוספת להתאמה הנדרשת בדיני המיזוגים מבוססת על העובדה ששימוש באלגוריתמים עלול להקל על התאמה גם בשווקים בהם ישנם מספר רב של שחקנים, ועל כן ספי בחינה (כגון מדד ה-HHI), צריכים להתעדכן כתלות בפרמטרים המחזקים שיווי משקל הנוצר על ידי אלגוריתמים (דוגמת מהירות התגובה בשוק או שקיפות האלגוריתם).¹²⁵

בהתאם לכך, לדיני המיזוגים תפקיד חשוב במניעת חלק מההתנהגויות האנטי-תחרותיות הנוצרות או מתחזקות כתוצאה משימוש באלגוריתמים. עם זאת, חשוב להדגיש שדיני המיזוגים חלים רק כאשר שחקנים בשוק מבקשים להתמזג. הגדלת כוח שוק שמקורה בצמיחה פנימית של חברות או בהתנהגות מולטילטרלית (תיאום או התאמה) אינן נכנסות תחת בחינה זו. יתירה מכך, כפי שצוין לעיל, השימוש באלגוריתמים עשוי לייתר חלק מהמיזוגים, ביוצרו כלים לשימוש עצמי המקלים על התאמה, תיאום, או ניצול (לרעה) של כוח שוק. בנוסף, החלה יעילה של דיני המיזוגים נדרשת למספר שינויי חקיקה, כמו גם שינויים בחלק מהנחות היסוד שהשתרשו בהחלטות הממונה ובתי המשפט.¹²⁶

ג. כלים למתן הוראות

דיני התחרות הקלאסיים מוגבלים ביכולתם למנוע חלק מההתנהגויות האנטי-תחרותיות אשר גורמות לפגיעה בתחרות ולעלייה ביוקר המחיה. תובנה זו אינה חדשה. אך במרבית העולם הניחו עד לא מזמן שהמקרים שאינם נתפסים תחת חוקי התחרות הם חריגים, או שהם נכנסים

¹²² שם.

¹²³ Gal, *Limiting Coordination*, לעיל ה"ש 39.

¹²⁴ שם.

¹²⁵ Bundeskartellamt (BKA) and Bundeswettbewerbsbehörde (BWB), Guidance on Transaction Value Thresholds for Mandatory Pre-merger Notification (Section 35 (1a) GWB and Section 9 (4) KartG) (July, 2018); Claire Turgot, *Killer Acquisitions in Digital Markets: Evaluating the Effectiveness of the EU Merger Control Regime*, 5 EUR. COMPETITION & REG. L. REV. 112, 118 (2021).

¹²⁶ Gal & Rubinfeld, לעיל ה"ש 14.

תחת חקיקה ענפית החלה על השוק הספציפי.¹²⁷ הכלכלה הדיגיטלית הביאה עימה שימוש מוגבר בפלטפורמות-ענק, בנתוני-עתק, ובאלגוריתמים. בצד היתרונות המשמעותיים ששינויים אלו יוצרים, הם גם מגדילים את מספר המקרים בהם אין די בהוראות הקלאסיות של דיני התחרות כדי להסדיר את השוק ולוודא שרווחת הצרכן אכן לא נפגעת. הבעייתיות נוגעת לשני מישורים שונים. במישור המהותי, החוק אינו תופס בגדרו חלק מההתנהגויות שראוי היה להסדירן, לפחות בתנאים מסויימים (דוגמת התנהגות שאינה חלק מהסדר אך מקילה על התאמה אלגוריתמית ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור). במישור הפרוצדורלי, הליכים הגבליים המחייבים פניה לבתי המשפט הם לרוב ארוכים ומורכבים, ואינם מספקים מענה הולם לבעיות שנדרשות לפתרון מהיר יחסית.¹²⁸

על מנת להתמודד עם בעייתיות זו, בשנים האחרונות קיימת מגמה ברחבי העולם של חקיקה משלימה, היוצרת כללים ברורים יותר של עשה ואל תעשה לכלכלה הדיגיטלית. ניתן להדגים זאת על ידי ה-Digital Markets Act של האיחוד האירופי.¹²⁹ החוק, המבוסס על עקרונות דיני התחרות, קובע בין היתר "רשימה שחורה" של התנהגויות של פלטפורמות-ענק, היוצרות חזקות לפגיעה בתחרות.¹³⁰ כן שוקלות חלק מהמדינות להסמיך את רשות התחרות שלהן לחקור לעומק את מכלול הסיבות לצמצום תחרות בענף מסוים, לרבות סיבות שאינן נובעות מהתנהגות אנטי-תחרותית, במסגרת מחקרי שוק (market inquiries), ולהסמיכה לתת הוראות המיועדות לטפל בבעיות שהתגלו.¹³¹ בשתי דוגמאות אלו עסקינן בסמכויות רגולטוריות שניתן להחילן מראש, על ידי רשות מומחית, ללא צורך להמתין לפגיעה בפועל או להידרש להליך משפטי ארוך ומורכב.

בישראל כבר קיימת עלי-ספר סמכות למתן הוראות. רשות התחרות מוסמכת כבר היום לערוך מחקרי שוק גם מקום שלא הייתה בו הפרה הגבולית,¹³² ולתת הוראות למניעת פגיעה בתחרות או בציבור להקטנת בעיית ההתאמה האוליגופוליסטית¹³³ וכן להגבלת התנהגות של בעל מונופולין מקום בו קיומו או התנהגותו פוגעים בתחרות או בציבור.¹³⁴ פרק זה סוקר את הסמכויות האמורות (תת-פרקים א' וב'), כמו גם סמכויות מקבילות במדינות נוספות (ג'), ומנתח את יתרונותיהן וחסרונותיהן (ד'). הדיון בפרק זה הוא כללי. הפרק הבא לאחריו בוחן את החלת סמכויות אלו על פעולות אלגוריתמיות הפוגעות ביוקר המחיה. לטענתי, הגיעה העת להעיר את סמכויות מתן ההוראות מרבצן.

¹²⁷ Gal, *Limiting Coordination*, לעיל ה"ש 39.

¹²⁸ ראו, למשל, CRÉMER ET AL. 2019, לעיל ה"ש 18.

¹²⁹ 1 (2022 O.J. (L 264): "DMA").

¹³⁰ שם.

¹³¹ MARKET INVESTIGATIONS: A NEW COMPETITION TOOL FOR EUROPE? (MASSIMO Motta, Martin Peitz & Heike Schweitzer eds., 2022).

¹³² ס' 44 לחוק התחרות.

¹³³ פרק ד' לחוק התחרות.

¹³⁴ ס' 30 לחוק התחרות.

1. מתן הוראות לקבוצת ריכוז

בשנת 2011 הוסף לחוק התחרות פרק ד'1 המעניק לממונה את הסמכות לתת הוראות בשווקים בהם פועלת "קבוצת ריכוז".¹³⁵ מטרת התיקון הייתה ליצור כלים שיוכלו לעזור לממונה להתמודד עם כשל השוק שעניינו התאמה אוליגופולסטית.¹³⁶

סעיף 31ב(א) לחוק מגדיר קבוצת ריכוז כדלקמן:

"(א) הממונה רשאי לקבוע ... כי קבוצה מצומצמת של בני אדם המנהלים עסקים שבידיהם נתון ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת נכסים או מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, היא קבוצת ריכוז... וכל אחד מבני האדם כאמור הוא חבר בקבוצת ריכוז, אם ראה כי מתקיימים כל אלה:

(1) בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים קיימת תחרות מועטה בעסקים או שמתקיימים תנאים לתחרות מועטה בעסקים;

(2) נקיטת צעדים... עשויה למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או עשויה להגביר את התחרות בענף באופן משמעותי או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף".

משהוכח קיומה של קבוצת ריכוז, מוסמך הממונה ליתן הוראות לחברי הקבוצה, כולם או חלקם, "בדבר צעדים שעליהם לנקוט כדי למנוע פגיעה או חשש לפגיעה משמעותית בציבור או בתחרות בעסקים בין חברי הקבוצה או בענף שבו הם פועלים, או כדי להגביר באופן משמעותי את התחרות בין חברי הקבוצה או בענף או ליצור תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף".¹³⁷ החוק כולל כמה דוגמאות לסעדים התנהגותיים, דוגמת הסרתם של חסמי כניסה לענף או של חסמים למעבר בענף, שהם תוצאה של מעשה או מחדל של מי מחברי הקבוצה.¹³⁸ בנוסף, מוסמך הממונה לפנות לבית הדין בבקשה שיחיל סעדים מבניים שעיקרם מכירת החזקות.¹³⁹ כשסמכויות לעניין הסדרתו של הענף שבו פועלת קבוצת הריכוז נתונות למשרד ממשלתי או לגוף אחר, מחייב החוק שיתוף פעולה בין הממונה לבין הרגולטור הענפי.¹⁴⁰

פגיעה בתחרות בעסקים או פגיעה בציבור מוגדרות כפגיעה במחיר, באיכות, בכמות, בסדירות ההספקה ותנאיה, וכן ביצירת חסם כניסה לענף או חסם למעבר בענף.¹⁴¹ צורת הפגיעה האחרונה – חסם כניסה – שונה מיתר צורות הפגיעה. כל היתר נובעות באופן ישיר מהתנהגותן של החברות הפועלות בשוק ונתונות לשליטתן, לפחות חלקית. לעומת זאת, חסם כניסה או מעבר בשוק יכול להיות תוצאה של פעולות של חברות אחרות או אף של תנאיו הטבעיים של השוק. כמו כן, כל יתר צורות הפגיעה משפיעות ישירות על הצרכן, בעוד חסם כניסה משפיע על המתחרים בשוק ורק בעקיפין על הצרכן.

¹³⁵ פרק זה מבוסס בחלקו על מיכל (שיצר) גל והילה נבו "אסדרה של קבוצת ריכוז" *דין ודברים* י 237 (2017).

¹³⁶ עניין וול, לעיל ה"ש 33.

¹³⁷ ס' 31ג לחוק התחרות.

¹³⁸ שם.

¹³⁹ ס' 31ג(ב) לחוק התחרות.

¹⁴⁰ ס' 31ג(ג) לחוק התחרות.

¹⁴¹ ס' 31ג(ד) לחוק התחרות.

להסדרה באמצעות מתן הוראות שתי מטרות: הראשונה היא יִיאקטיבית והיא כוללת מניעת פגיעה קיימת או צפויה בציבור או בתחרות. המטרה השנייה היא אקטיבית, ועניינה הגברה ניכרת של התחרות או יצירת תנאים להגברת התחרות כאמור. המטרה הראשונה דומה להוראות רבות אחרות בחוק המנסות לשמר רף תחרות קיים או שהיה קיים בטרם ננקטו פעולות אנטי-תחרותיות, ואילו השנייה רחבה יותר ומאפשרת התערבות על מנת להעלות את רמת התחרות באמצעות שינוי תנאי השוק. כך, למשל, הממונה רשאי ליתן הוראות שמטרתן יצירת תנאים לכניסתו של מתחרה חדש בשוק או לחיזוקו של מתחרה קיים, או להורות לחברות בקבוצת הריכוז להרחיב את סל מוצריהן. סמכות זו רחבה מכל סמכות אחרת בחוק התחרות הניתנת לממונה: מוענקת לו סמכות לתת הוראות להגברת התחרות.¹⁴² בכך היא חוצה את הקו אל עבר רגולציה ענפית. זאת ועוד: הממונה מוסמך ליתן הוראות שיצרו תנאים להגברה משמעותית של התחרות בענף, ולא רק במקטע שבו פועלת קבוצת הריכוז ובו קיים כשל שוק.¹⁴³

הפוטנציאל הגלום בסמכות זו מודגם בקביעת הממונה שנמל אשדוד ונמל חיפה מהווים קבוצת ריכוז בנושא פריקה והטענה של מכולות והשתת הוראות למניעת פגיעה בתחרות בשוקיהן.¹⁴⁴ על פי הקביעה, שני הנמלים מהווים קבוצת ריכוז: הם מרכזים בידם את מרבית שירותי הנמל בישראל; העובדה שהשוק מנוהל בידי שני שחקנים דומיננטיים בלבד מקיימת את דרישת החוק ל"קבוצה מצומצמת";¹⁴⁵ והשוק מאופיין בחסמי כניסה גבוהים, הכוללים בין היתר איתור שטח המתאים לפעולות טעינה ופריקה, רכישת ציוד ייעודי יקר וקבלת רישיונות מהמדינה.¹⁴⁶ הממונה השית על הנמלים הוראות שעשויות למנוע פגיעה בתחרות או בציבור או להגביר את התחרות.¹⁴⁷ הוראות אלו היו חלק מהניסיון להגביר את התחרות בשוק הנמלים בישראל. הן מבוססות על ההכרה שאין די בקידום התחרות הבין-נמלית, ושיש חשיבות גבוהה לתחרות התוך-נמלית, בעיקר בשל קיומם של חסמי מעבר גבוהים בענף.¹⁴⁸ במסגרת זו, נאסר על חברות הנמל להתמודד במכרזים על מסופי המכולות החדשים אשר נבנים בסמוך להן ולהרחיב את עסקיהם הקיימים עד למועד פתיחת השוק למתחרים החדשים, אלא בהיתר מהממשלה. זאת משום ששטח המקרקעין שעליו ניתן להקים מסוף מוגבל, ולכן חיוני לאפשר לחברות הנמל החדשות שייכנסו להקים מסופים איכותיים וראויים אשר יוכלו להוות פקטור ממשי בתחרות פנים-נמלית. כן נאסר על הנמלים לבצע כל פעולה

¹⁴² פרוטוקול ישיבה מס' 431 של ישיבת הכלכלה, הכנסת ה-18, 34 (31.01.2011) (דברי היועצת המשפטית של הוועדה).

¹⁴³ ס' 31(א) לחוק התחרות.

¹⁴⁴ הממונה על הגבלים עסקיים קביעה לפי סעיף 43(א)(6) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר קיומה של קבוצת ריכוז במתן שירותי פריקה וטעינה של מכולות מקומיות בקווי הובלה ימיים סדירים והוראות לחברי קבוצת ריכוז (2013) <https://www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/concent-group> ports/he/decisions_%D7%A7%D7%91%D7%99%D7%A2%D7%94%D7%A7%D7%91%D7%95%D7%A6%D7%AA%D7%A8%D7%99%D7%9B%D7%95%D7%96%D7%91%D7%95%D7%9C%D7%99%D7%9D_2013.docx

¹⁴⁵ שם, בפס' 76.

¹⁴⁶ שם, בפס' 82–90.

¹⁴⁷ שם.

¹⁴⁸ שם.

שאינה במסגרת תחרות הוגנת, אשר תפגע בתפעול המסופים החדשים בידי המתחרים שיתווספו, מאחר שחברות הנמל החדשות שעתידות לקום יכולות להיזקק למשאבים אשר מצויים ברשותן של חברות הנמל (מקרקעין, תשתיות וכד').¹⁴⁹ ההחלטה פורטת הוראה זו לפרוטות, לרבות איסור להפריע בהקמת המסופים החדשים, מתן שימוש הוגן וסביר בתשתית הדרושה למפעילי הנמל החדשים אך נמצאת בחזקתן של חברות הנמל, הענקת שירותים הנדרשים להפעלת המסופים החדשים בסבירות ואיסור על שינויים בהיקף השירותים שמציעות חברות הנמל כיום ועל אפליה בין לקוחותיהן.¹⁵⁰

ההוראות האמורות מיטיבות להדגים את גמישות הסמכות למתן הוראות. ההוראות מתמודדות עם נקודת זמן עתידית החיונית להגברת התחרות: כניסתם של מתחרים חדשים לשוקי הנמל. נקודת זמן זו יכולה להיות נקודת מפנה בתחרות, בשל ההזדמנות שנוצרה להכנסת מתחרים חדשים לשוק. בשל האינטרס המובהק של המתחרים הקיימים לחבל בתחרות זו קבע הממונה הוראות שמטרתן להקטין את החשש לפגיעה בתחרות כאמור. הוראות אלו לא רק מחייבות את הנמלים הקיימים להימנע מלנקוט פעולות אשר יקשו את הכניסה לשוק, אלא גם מחייבות אותן לאפשר לחברות הנמל החדשות להשתמש בכל התשתיות המשותפות ללא הפליה.

מבחינה פרוצדורלית, הוראות הממונה נכנסות לתוקף בתום 30 ימים ממועד פרסומן, אלא אם הוגשה התנגדות להוראות, אז יותלה תוקפן עד מועד ההחלטה או עד מועד אחר שקבע בית הדין.¹⁵¹ כל ארגון צרכנים וכל אדם אחר הנפגע מהוראות אלה רשאי להתנגד בכתב למתן ההוראות בפני בית הדין. בית הדין רשאי, לאחר את הוראות הממונה, לבטלן או לשנותן.¹⁵²

למרות הפוטנציאל הגלום בו, פרק ד1 הוחל עד עתה רק במקרים מעטים נוספים.¹⁵³ כפי שיפורט להלן, ניתן ורצוי לשקול להחילו גם על מקרים המערבים שימוש באלגוריתמים, היוצרים או מחזקים את קיומה של קבוצת ריכוז או את אפשרותה לנקוט בהתנהגות מוליטלטרלית הפוגעת ברווחת הציבור.

2. מתן הוראות לבעל מונופולין

בצד האיסורים שמטיל חוק התחרות על בעל מונופולין אשר מנצל לרעה את מעמדו בשוק, המאפשרים את הבאת המונופולין לדין לאחר שהפעולה האנטי-תחרותית נעשתה או שהיא עומדת להיעשות, כולל חוק התחרות גם הוראה המעניקה לממונה סמכות לפקח על

¹⁴⁹ שם.

¹⁵⁰ שם בפס' 134–136, 160.

¹⁵¹ שם.

¹⁵² ס' 30(ו) לחוק התחרות החל מכוח סעיף 31ג(ד).

¹⁵³ גל ונבו "קבוצת ריכוז", לעיל ה"ש 135.

התנהגותו של המונופולין ולהסדיר את פעולותיו בדרך של מתן הוראות.¹⁵⁴ סעיף 30 לחוק, שכותרתו "הסדרת פעולות מונופולין", קובע, בין היתר, כדלקמן:

(א) "ראה הממונה כי כתוצאה מקיומו של מונופולין או מהתנהגותו של בעל מונופולין, נפגעת התחרות בעסקים או נפגע הציבור, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה.

(ב) ראה הממונה כי כתוצאה מהתנהגותו של בעל מונופולין קיים חשש לפגיעה משמעותית בתחרות או לפגיעה משמעותית בציבור, רשאי הוא לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר הצעדים שעליו לנקוט כדי למנוע את הפגיעה."

בדומה להליך מתן הוראות לקבוצת ריכוז, גם הליך מתן ההוראות לבעל מונופולין אין עניינו הענשת בעל המונופולין על התנהגות העבר, אלא איזון האינטרסים השונים העומדים על הפרק במבט צופה פני עתיד.¹⁵⁵ כפי שנקבע לא אחת, קיומו של מונופולין, כשלעצמו, אינו אסור, וגם לבעל מונופולין זכות לנהל את ענייניו כהבנתו.¹⁵⁶ בה בעת, עצם קיומו של בעל מונופולין או התנהגותו עלולים לפגוע בתחרות או בציבור. בהתאם לכך, מסמך החוק את הממונה להסדיר את פעולותיו של בעל מונופולין בהתקיים תנאים מסויימים. ההוראות ניתנות לשינוי עם שינוי הנסיבות.¹⁵⁷

הסמכות להסדיר את פעולות המונופולין הוקנתה כבר בחוק התחרות הראשון, שחוקק ב-1959.¹⁵⁸ אולם שם הפרוצדורה הייתה שונה באופן מהותי מזו הקיימת כיום. הממונה היה ממליץ לשר המסחר והתעשייה, לאחר אישור המועצה (אותה החליף בית הדין), כי זה יקבע בצו הוראות למונופולין, והשר היה רשאי לעשות כן.¹⁵⁹ בשנת 1988 הועברה הסמכות לבית הדין¹⁶⁰ ובשנת 1996 שוב תוקן החוק והמיר את הפרוצדורה להליך חד-שלבי המופעל על ידי הממונה, הכפוף לערר בפני בית הדין.¹⁶¹ גם מנעד העניינים בהם ניתן ליתן הוראות לבעל מונופולין הורחב.

החוק מתנה את מתן ההוראות בכך שהתנהגותו או קיומו של בעל מונופולין גורמים לפגיעה בתחרות או בציבור, או חשש לפגיעה משמעותית כאמור.¹⁶² בנוסף, ניתן לטעון כי במישור המנהלי, על מנת לתת הוראות לבעל המונופולין, על הממונה להקדים ולהכריז על בעל מונופולין ככזה. מפסיקתו של בית הדין גם עולה דרישה למידתיות: ההוראות תינתנה

¹⁵⁴ הפיקוח על מונופולים בהתאם להוראות חוק התחרות מצטרף להוראות הפיקוח מכוח חוקים אחרים. חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, התשי"ח-1957 וחוק הפיקוח על מצרכים ושירותים (יציבות מחירים – הוראת שעה), התשמ"ה-1985, שימשו עד לתחילת שנות התשעים ככלי הפיקוח העיקרי על מונופולין. מכוחם הוגבלו מחיריהם של מונופולים וניתנו הוראות על מנת למנוע פגיעה בטובת הציבור. בנוסף, ס' 50 מאפשר לממונה להביא לאישור בית הדין הוראות לפעילותו של המונופולין, שנוסחו בהסכמה. הצווים מוסכמים כוללים הוראות לבעל המונופולין כיצד עליו לפעול מעתה ולהבא, בדומה להוראות הניתנות לפי ס' 30. אולם הצו המוסכם – כשמו כן הוא – מותנה בהסכמת בעל המונופולין.

¹⁵⁵ מוג (י-93) **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ**, עמ' 13 (נבו 1.1.1995).

¹⁵⁶ שם, בפס' 9.

¹⁵⁷ עניין **דובק**, לעיל ה"ש 155, בעמ' 43.

¹⁵⁸ חוק ההגבלים העסקיים, התשי"ט-1959, ס"ח 152.

¹⁵⁹ שם, ס' 31.

¹⁶⁰ פרק ד' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ס"ח 128.

¹⁶¹ ס' 30 לחוק התחרות.

¹⁶² ס' 30 לחוק ההגבלים העסקיים התשי"ט-1959, לעיל ה"ש 134.

במידה "שאינה עולה על הנדרש".¹⁶³ כלומר, יש להקפיד על איזון בין זכותה של החברה לכלכל את ענייניה כהבנתה, לבין הפגיעה בערכים עליהם מגן החוק.¹⁶⁴ בעניין ידיעות אחרונות הדגיש בית הדין שבמשוואת האיזון, אל מול חופש העיסוק של בעל המונופולין עומדת לא רק פגיעה כלכלית, כי אם פגיעה בזכויות חוקתיות נוספות, דוגמת האוטונומיה של הפרט עליה מגינה התחרות החופשית.¹⁶⁵ בהתאם לכך, בנסיבות בהן ניתן למנוע את הפגיעה באמצעים פחות דראסטיים מאשר שלילה של זכותו של בעל המונופולין לכלכל את מעשיו כהבנתו, יש לנקוט באמצעים החלופיים.

בדומה לסמכות למתן הוראות לקבוצת ריכוז, החוק מגדיר פגיעה בתחרות או בציבור כפגיעה הנוגעת למחר, איכות, כמות, או תנאי האספקה של נכס או של שירות, או חסם כניסה לענף או חסם למעבר בענף.¹⁶⁶ ארבע העילות הראשונות נוגעות לפרמטרים העסקיים הבסיסיים של שוק תחרותי. החמישית נוגעת לתנאי התחרות בשוק.¹⁶⁷ מדברי ההסבר להצעת החוק עולה שמטרת התיקון היתה להכניס תחת הסעיף מקרים המוכרים מתחום דיני התחרות, על ידי הבהרה לציבור ולממונה מהם המקרים בהם הוא רשאי להשתמש בסמכותו.¹⁶⁸ בית הדין קבע שחזקות הניצול לרעה לפי סעיף 29א(ב) לחוק חלות גם על סעיף 30 לחוק, ומייתרות הבאת ראיות לעניין קיומו של חשש לפגיעה בתחרות עקב התנהגות הנופלת לגדר החזקות.¹⁶⁹

פגיעה בתחרות או בציבור צריכה להבחן במבחן אובייקטיבי העוסק בשאלת התוצאה של קיומו או התנהגותו של בעל המונופולין. כאשר הפגיעה נובעת מעצם קיומו של בעל מונופולין, הממונה נדרש להוכיח פגיעה בפועל. כאשר היא נובעת התנהגותו של בעל מונופולין, די בהוכחת "אפשרות סבירה לפגיעה ממשית" של המונופולין בתחרות או בציבור.¹⁷⁰ בשני המקרים יש גם לבחון האם ישנה הצדקה עסקית לדרך בה בחר המונופולין לנהוג בסיטואציה מסוימת.¹⁷¹ כך, למשל, בפסק הדין המשלים בעניין ידיעות אחרונות, הגיע בית הדין למסקנה כי שיטת השיווק וההפצה שאימצה ידיעות אחרונות לפיה לא ניתן להחזיר עיתונים שלא נמכרו, לא נועדה להביא לידיעות אחרונות תועלת אלא לגרום נזק למתחריה, ולמנוע מבעדם לעשות שימוש בפרקטיקות שעשויות להקטין את חלקה של ידיעות בשוק. בהתאם לכך, ניתנו הוראות אל-תעשה לידיעות אחרונות.¹⁷² העובדה שבעל מונופולין מצביע

¹⁶³ עניין דובק, לעיל ה"ש 155, בעמ' 29.

¹⁶⁴ שם, בעמ' 11.

¹⁶⁵ ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 112, בפס' 49.

¹⁶⁶ ס' 30(4) לחוק התחרות.

¹⁶⁷ ס' 30(ג)(5) לחוק התחרות. בעבר אסרה החוקה החמישית על פגיעה ב"תחרות הוגנת בעסקים", חזקה שהכניסה חוסר וודאות לחוק. בשנת 2011 שונה נוסח הסעיף.

¹⁶⁸ דברי הסבר להצעת חוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 11) התשע"א-2010, ה"ח 264.

¹⁶⁹ עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 112, בפס' 61.

¹⁷⁰ ה"ע (ב"ש) 18/96 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח', דינים מחוזי כו(5) 517, פס' 5 להחלטה והמקורות המוזכרים שם (1996).

¹⁷¹ עניין דובק, לעיל ה"ש 155, בעמ' 36-34.

¹⁷² עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 112, בפס' 48-50.

על הצדק עסקי הנובע מפעילותו הנוכחית, אין בה די, אלא אם ההצדקה עולה על החשש מפגיעה בתחרות או בציבור הנובע מהעלאת חסמי הכניסה ודחיקת רגליהם של המתחרים.¹⁷³ בדומה להוראות לקבוצת ריכוז, הוראות הממונה נכנסות לתוקף בתום 30 ימים ממועד פרסומן, אלא אם הגיש בעל המונופולין התנגדות להוראות, אז יותלה תוקפן עד מועד ההחלטה או עד מועד אחר שקבע בית הדין.¹⁷⁴ כן רשאי להגיש להתנגד בכתב למתן ההוראות בפני בית הדין כל ארגון צרכנים וכל אדם אחר הנפגע מהוראות אלה. בית הדין משמש כערכאת ערר,¹⁷⁵ והוא רשאי לאשר את הוראות הממונה, לבטלן או לשנותן.¹⁷⁶ הליך מתן הוראות לבעל המונופולין נותן הן בידי הממונה והן בידי בית הדין סמכות רחבה יותר מזו המוענקת להם בסעיפים אחרים המסדירים את פעולותיו של בעל המונופולין.¹⁷⁷ לשונו הרחבה של סעיף 30 מאפשרת לתפוס בגדרה גם פגיעה בתחרות או בציבור הנובעת מיתרון לגיטימי של חברה יחסית למתחרותיה. למרות הסמכות הרחבה, עד היום לא נעשה בו שימוש רב. הוראות לבעל מונופולין ניתנו עד היום על ידי הממונה בשנים עשר מקרים, כמפורט בנספח א', לרבות לחברות עלית,¹⁷⁸ החברה המרכזית לייצור משקאות קלים¹⁷⁹, טמפון¹⁸⁰, יפאורה – תבורי,¹⁸¹ שטראוס,¹⁸² הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית,¹⁸³ ישראלכרט,¹⁸⁴ אקו"ם,¹⁸⁵ נשר,¹⁸⁶ ובז"ן.¹⁸⁷ בית הדין נתן הוראות בשני מקרים: לדובק,¹⁸⁸ ולידיעות אחרונות.¹⁸⁹

¹⁷³ עניין דובק, לעיל ה"ש 155, בעמ' 44.

¹⁷⁴ ס' 30(ז) לחוק התחרות.

¹⁷⁵ ה"ע (י-ם) 505/04 אוזון ישראל – לאיכות הסביבה בע"מ נ' תאגיד איסוף מכלי משקה בע"מ (נבו 4.2.2004); החלטה בתיק בש"א 6/04 בש"א 7/04 (בתיק ה"ע 504/04) אוזון ישראל – לאיכות הסביבה בע"מ פיקדון 25 – דורון פריזמנט נגד תאגיד איסוף מכלי משקה בע"מ הממונה על ההגבלים העסקיים (4.2.2004). רשות התחרות <https://www.gov.il/he/departments/legalInfo/caseozon>.

¹⁷⁶ ס' 30(ו) לחוק התחרות.

¹⁷⁷ עניין דובק, לעיל ה"ש 155, בעמ' 30 ו-36.

¹⁷⁸ החלטה בעניין מונופולין מתאריך 05/07/1989 (5.7.1989) רשות התחרות 356 (להלן: הוראות עלית).

¹⁷⁹ החלטה בעניין מונופולין מתאריך 08/04/1998 (8.4.1998) רשות התחרות 2294 (להלן: הוראות החברה המרכזית).

¹⁸⁰ החלטה בעניין מונופולין מתאריך 28/07/1996 (28.7.1996) רשות התחרות 347 (להלן: הוראות טמפון).

¹⁸¹ הוראות לבעל מונופולין: יפאורה-תבורי בע"מ (30.3.1998) רשות התחרות 3006302 (להלן: הוראות יפאורה).

¹⁸² החלטה בעניין מונופולין מתאריך 26/03/1998 (26.3.1998) רשות התחרות 1861 (להלן: הוראות שטראוס).

¹⁸³ תנאים לפעילותה של הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (14.2.2011) רשות התחרות 6904.

¹⁸⁴ טיוטה לעיון הציבור, ישראלכרט בע"מ: הוראות לבעל מונופולין (15.12.1999).

¹⁸⁵ הכרזה בדבר הסדר כובל וקיום מונופולין: אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (30.3.2004) רשות התחרות 3020033 (להלן: הכרזת אקו"ם).

¹⁸⁶ החלטה בדבר מתן הוראות לבעל מונופולין: נשר מפעלי מלט ישראליים בע"מ (30.10.2014) רשות התחרות 4100054 (להלן: החלטת מלט נשר).

¹⁸⁷ הכרזה בדבר קיום מונופולין: בתי זיקוק לנפט בע"מ (25.12.1988) רשות התחרות 4100045 (להלן: הכרזת בז"ן).

¹⁸⁸ עניין דובק, לעיל ה"ש 155.

¹⁸⁹ עניין ידיעות אחרונות, לעיל ה"ש 112.

עד היום מרבית ההוראות שניתנו חפפו, כמעט לחלוטין, את אלו שניתן לתת במסגרת סעיפים 29 ו-29א לחוק התחרות, המגדירים התנהגות אנטי-תחרותית של בעל מונופולין.¹⁹⁰ כך, למשל, בהוראות שניתנו לגלילדת שטראוס, הורה הממונה על איסור התניית רכישת מוצר מסוים ברכישת מוצר אחר מן החברה, ואיסור התקשרות בחוזה בלעדיות.¹⁹¹ הוראות דומות ניתנו גם לחברה המרכזית ליצור משקאות,¹⁹² לעלית,¹⁹³ ליפאורה-תבורי,¹⁹⁴ לטמפו,¹⁹⁵ ולשטראוס.¹⁹⁶ הוראות אלו חופפות לחוקה הרביעית בסעיף 29א לחוק, האוסרת על התניית התקשרות עם לקוח בתנאים שאינם נוגעים לנושא ההתקשרות.¹⁹⁷ כך, גם ההוראות שניתנו לבז"ן שאסרו על איסור אפליה בין חברות דלק שונות,¹⁹⁸ חופפות את חזקת איסור האפליה המנויה אף היא בסעיף 29א לחוק. למרות זאת, גם להוראות אלו יש ערך: הממונה מדגיש את תחולת האיסורים במקרים הרלוונטיים.

ערך רב יותר נוצר כאשר הממונה משתמש בסמכותו למתן הוראות על מנת להדגים כיצד האיסור צריך לחול במקרה הספציפי, וכך מונע פרשנות צרה מדי של בעל המונופולין. כך, למשל, בעניין אקו"ם, שהיתה מונופול בשוק השמעת יצירות מוזיקליות המוגנות בזכויות יוצרים, פירט הממונה את איסור הבלעדיות והורה, בין היתר, שאקו"ם לא תוכל לחייב מצטרף חדש להעביר את כלל זכויותיו ביצירותיו אליה, וכי חבר באקו"ם יוכל למשוך חזרה את זכויותיו בתנאים מסוימים.¹⁹⁹ וכך, למשל, בעניין בז"ן התנה הממונה את כניסתה לשוק ניפוק הדלקים בניהול מערכת חשבונאית נפרדת מזו הקיימת בשל פעילותה בתחום זיקוק הנפט.²⁰⁰ מקרה מעניין נוסף הוא דובק. שם, הודיעה דובק ליתר ספקי הסיגריות שהיא מפסיקה באופן מיידי את הסכם ההפצה המשותפת רב השנים, וכי היא מקימה לעצמה תשתית הפצה נפרדת. עובר להליך המשפטי שנפתח נגדה בעילה של ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, פרסם הממונה מספר הוראות שחלו על דובק, לרבות איסור אפליה, חובת אספקה, איסור הסכמי קשירה בין המוצר שבמונופולין (במקרה זה – סיגריות מייצור מקומי) למוצרים אחרים, וכן הדרישה שדובק תקבל אישור של בית הדין לחוזים אחידים להסכם ההפצה בין דובק לבין מפיצה.²⁰¹ השאלה העיקרית שעמדה במרכז הדיון בבית הדין הייתה האם מותר לממונה לבקש את איסור קיומו של מערך הפצה בלעדי של דובק.²⁰² בית הדין אישר לדובק להקים מערך הפצה עצמאי, אך הוסיף הוראה בדבר הקפאת הליך הקמת מערך

ערר (י-ם) 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', פס' 140 (נבו 29.5.2003).

¹⁹⁰ הוראות שטראוס, לעיל ה"ש 182.

¹⁹¹ הוראות החברה המרכזית, לעיל ה"ש 179.

¹⁹² הוראות עלית, לעיל ה"ש 178.

¹⁹³ הוראות יפאורה, לעיל ה"ש 181.

¹⁹⁴ הוראות טמפו, לעיל ה"ש 180, בס' 7-1.

¹⁹⁵ הוראות שטראוס, לעיל ה"ש 182, בס' 7-1.

¹⁹⁶ ס' 29א(4) לחוק התחרות.

¹⁹⁷ חוות דעת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין: כניסתה של בז"ן למקטע ניפוק תזקיקים (1.7.2003) (רשות התחרות).

¹⁹⁸ הכרזת אקו"ם, לעיל ה"ש 185.

¹⁹⁹ הכרזת בז"ן, לעיל ה"ש 187.

²⁰⁰ עניין דובק, לעיל ה"ש 155, בעמ' 52.

²⁰¹ שם, בעמ' 10-4.

²⁰² שם, בעמ' 10-4.

ההפצה עד להתארגנות מתאימה של המתחרים בענף.²⁰³ כך איזן בית הדין בין הפגיעה הנגרמת למונופולין כתוצאה מחיובו לשתף פעולה עם מתחריו, לבין הפגיעה הקשה בתחרות הנובעת מההפסקה המיידית והבלתי צפויה של הסכם ההפצה המשותפת.²⁰⁴ בית הדין אף קבע קריטריונים להחלת האיסור, המתמקדים בשאלת יכולתם של המתחרים להתחרות ללא שיתוף פעולה מצד המונופול, השתתפותם של המתחרים בעלויות על מנת למנוע מצב של רוכב חופשי, הפגיעה בצרכן כתוצאה מחוסר נכונותו של המונופול לשתף פעולה, וההצדק העסקי הסביר להתנגדות.²⁰⁵

במסגרת סעיף 30 ניתן לתת גם הוראות מבניות. כך, למשל, בעניין נשר נקבע שנשר העניקה ללקוחותיה הגדולים תנאים מועדפים, תוך פגיעה בתחרות. הממונה הורה על מכירת אחד משלושת מפעליה של נשר, וכן על ביטול ההנחות בתנאים מועדפים.²⁰⁶ מכירת המפעל נועדה לעודד יצירת תחרות מקומית: ככל שיתאפשר ייצור מקומי משמעותי של מלט בעקבות מכירת המפעל, יהיה בכך בכדי לרסן את כוח השוק של נשר, שתיאלץ להתחרות ביצרן נוסף בעל פוטנציאל אספקה משמעותי.

לעיתים רחוקות הולכות הוראות הממונה מעבר לכך, והממונה משתמש בגמישות הטבועה בסמכות למתן הוראות על מנת להתמקד בעצם הפגיעה בתחרות או בציבור ולאוו דווקא בהתנהגות שהובילה לכך. דוגמא אחת נוגעת לעניין שסטוביץ, בעלת זכויות הבלעדיות לייבוא קולגייט.²⁰⁷ במסגרת בדיקה שערכה רשות התחרות עלה כי בהתאם להנחיות חברת קולגייט-פלמוליב, שסטוביץ נוהגת לדווח לה על מוצריה שיובאו לארץ ביבוא מקביל ובכלל זה על אודות משחות שיניים הנמכרות בארץ תחת המותג קולגייט. דפוס פעולה זה של שסטוביץ העלה חשש לפגיעה משמעותית ביבוא המקביל ובתחרות בענף משחות השיניים. הממונה הורה שסטוביץ לא תדווח, במישרין או בעקיפין, לקולגייט-פלמוליב על הימצאות משחות שיניים מיבוא מקביל בישראל.²⁰⁸ זוהי דוגמא נדירה לגמישות הסמכות למתן הוראות ולפוטנציאל הגלום בה להשבת ואף להגברת התחרות בשוק.

למרות יתרונותיה, הממונים מיעטו עד עתה להשתמש בסמכות זו. ייתכן כי האפשרות להעניק הוראות פרטניות לבעל מונופולין נדחקה אל מול האפשרות לקבוע נורמות התנהגות באמצעות סעיף 29א.²⁰⁹ אולם, כמפורט להלן, הסמכות למתן הוראות טומנת בחובה מספר יתרונות, בעיקר כאשר נדרש עדכון מהיר של פרשנות הדין או התמודדות מהירה, אקס-אנטה, עם שינויים בתנאי השוק שלא ניתן לשנותם בקלות בדיעבד או שפוטנציאל הנזק שנוצר מהם לתחרות או לציבור הוא משמעותי.

²⁰³ שם, בעמ' 37.

²⁰⁴ שם, בעמ' 40.

²⁰⁵ שם, בעמ' 42-43.

²⁰⁶ הכרזה בדבר קיום מונופולין: נשר מפעלי מלט ישראלים בע"מ (25.12.1988) רשות התחרות 4100054.

²⁰⁷ ת"כ (י-ם) 45713-04-19 ש. שסטוביץ בע"מ נ' הממונה על התחרות (נבו) (21.8.2019).

²⁰⁸ שם.

²⁰⁹ קביעה לפי סעיף 43(א)(5) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בוק בינלאומי בע"מ - ניצול לרעה של

מעמד בשוק, בעמ' 12 (9.11.1997) רשות התחרות 3010364.

3. סמכות למתן הוראות במדינות נוספות

הסדרה מראש של התנהגות או מאפייני שוק הפוגעים בתחרות או בציבור ללא יתרונות מאזנים, עומדת כיום במרכז השיח הציבורי באיחוד האירופי. אמצעי רגולטורי זה משמש זה מכבר במספר מדינות, לרבות בריטניה, יוון, איסלנד, דרום אפריקה, מקסיקו וגרמניה.²¹⁰ מדינות אחרות בוחנות הוספת סמכות זו. בנוסף, בספר שהתפרסם לאחרונה, עמדה קבוצת חוקרים מובילים על הצורך להוסיף לחוקי התחרות את הסמכות לערוך מחקרי-עומק של שווקים, ולהסמך את רשויות התחרות לתת הוראות לתיקון כשלי שוק, גם במקרים שלא מפירים את דיני התחרות.²¹¹

הניסיון הרב ביותר בתחום זה נצבר בבריטניה. רשות התחרות הבריטית מוסמכת לערוך מחקרי שוק אם היא סבורה שקיימים מאפיינים מבניים או התנהגותיים בשוק הצפויים לגרום לפגיעה בפעילותו, באספקה לצרכן, או ביעילותה של התחרות בו.²¹² סמכות זו נשענת על ההכרה שישנם כשלי שוק שאינם יכולים לקבל מענה באמצעות דיני התחרות הקיימים. על כן, חקירת שוק עשויה להידרש גם מקום בו ההתנהגות עצמה אינה מהווה עבירה הגבלית. כאשר רשות התחרות הבריטית מגיעה למסקנה כי קיים אפקט אנטי-תחרותי בשוק הנבחן, היא מוסמכת לנקוט בצעדים לצמצומו או לביטולו, הכפופים למגבלות של מידתיות ואפקטיביות.²¹³ בין היתר, לרשות סמכות לתת הוראות לצמצום הפגיעה, לרבות מכירת נכסים. להוראות אין אפקט עונשי והן לא נועדו לפצות על התנהגות פסולה שנעשתה בעבר, אלא למנוע הישנות של בעיות תחרותיות הנובעות ממבנה השוק או תנאיו, ולכוון התנהגות צופה פני עתיד.²¹⁴ סמכות זו אינה מהווה תחליף לאכיפת דיני התחרות, אלא נתפשת כאמצעי משלים למגוון הסמכויות האחרות הנתונות בידי רשויות האסדרה.²¹⁵

השימוש בסמכות זו הביא לשורה של תוצאות פרו-תחרותיות, בהן שיפור איכות ונגישות המידע לצרכן, קידום תהליכי רגולציה פנימית של חברות, ונקיטת צעדי אכיפה המשפרים את הסביבה התחרותית.²¹⁶ ההוראות שנתנה רשות התחרות לבנקים בבריטניה בשנת 2016,

Massimo Motta, Martin Peitz & Heike Schweitzer, *Marker Investigations in the EU: A Road Map*, MARKET INVESTIGATIONS, לעיל ה"ש 131, בעמ' 1.

שם, בעמ' 5-12.

Richard Whish, *Market Investigations in the UK and Beyond*, MARKET INVESTIGATIONS, לעיל ה"ש לעיל ה"ש 131, בעמ' 216.

שם, בעמ' 220.

שם.

Amelia Fletcher, *Market Investigations for Digital Platforms: Panacea or Complement?*, 12 J. EUR. COMPETITION L. & PRAC. 44, 53-55 (2020); COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA), MARKET STUDIES AND MARKET INVESTIGATIONS: SUPPLEMENTAL GUIDANCE ON THE CMA'S APPROACH (2017).

Competition and Markets Authority cases and projects, GOV.UK, https://www.gov.uk/cma-cases?outcome_type%5B%5D=markets-phase-2-adverse-effect-on-competition-leading-to-remedies.

מדגימות זאת.²¹⁷ בבסיס מחקר השוק עמד החשש שהבנקים הגדולים, השולטים בחלק הארי של השוק, אינם מעניקים ללקוחותיהם שירות מיטבי, בעוד שהבנקים הקטנים והחדשים יותר מתקשים לגייס לקוחות. מחקר השוק העלה שרק 3% מהלקוחות הפרטיים, ו-4% מהלקוחות העסקיים החליפו את שירותי הבנקאות שלהם במהלך השנה, למרות שהחלפה כזו עשויה היתה לחסוך להם סכומים משמעותיים. הרשות מצאה כי שורש הבעיה נעוץ בהעדר מידע נגיש בדבר תנאי ניהול החשבון, גובה העמלות הנגבות, ונתונים אפקטיביים על אופן השימוש האישי בחשבון הבנק. כן נמצא כי הגנות רגולטוריות שונות העניקו לבנקים מסוימים מעמד מועדף וחסיונות מפני משברים פיננסיים, הטבות שעזרו להם לבצר את מעמדם אל מול הבנקים הקטנים. כתוצאה מכך, נפגעה יכולתם של הלקוחות ליהנות מתחרות בצריכת שירותי בנקאות, ואף פחתה מידת החדשנות של הבנקים הפועלים בשוק.²¹⁸

בכדי לטפל בכשלים אלו, פרסמה רשות התחרות מספר הוראות.²¹⁹ ראשית, ניהול מערכת ניהול החשבונות יוצא מידי הבנקים, לניהול עצמאי הנתון לפיקוח של ארגוני צרכנים. שנית, על מנת לשפר את זרימת המידע לגבי איכות השירותים המוצעים, הבנקים חויבו לאסוף ולפרסם בעקביות אינדיקציות לרמת השירות המוצע על ידיהם, באופן שיאפשר ללקוחות מידע זמין ונוח להשוואה בין הבנקים. שלישית, מכיוון ששירותי הבנק אינם מוגבלים בזמן, חויבו הבנקים לאמץ מערכת של התראות תקופתיות וייעודיות ללקוחותיהם, אשר תתזכר ותעודד את הלקוחות לבחון את ההסדרים הקיימים שלהם עם הבנק. מערכת כזו תתבסס על מחקר צרכני מקיף אשר יבחן את העדפות הצרכנים ויסייע בעיצוב מערכת תזכורות אפקטיבית. רביעית, חיוב הבנקים באימוץ כלים לחיזוק אמון הלקוחות בתהליכי המעבר בין הבנקים (למשל, בכל הנוגע לשיוך הכנסות לחשבון החדש).

דוגמא נוספת נוגעת לשוק המלט.²²⁰ בעקבות חקירה של הרשות הבריטית שחשפה התנהגויות שהובילו, בין היתר, להתאמה אוליגופוליסטית, הורתה הרשות על שינויים מבניים ובכללם מכירת מפעל על מנת שמתחרה חדש יוכל להיכנס לשוק. בנוסף, הורתה הרשות על איסור למעבר של נתונים ביחס לעלויות ייצור מלט ועל איסור על הכרזות על מחירים גנריים. להלן טבלה הסוקרת חלק מההוראות שניתנו עד היום, שערכה פרופסור אמיליה פלטר, המתמייחסת להוראות שניתנו בשנים 2003-2016. כפי שניתן ללמוד מהדוגמאות, מנעד ההוראות שניתנו הינו רחב וכולל, בין היתר, הוראות בדבר שיפור המידע למאסדרים, הורדת החסמים למעבר לקוחות בין מתחרים, ואף שינויים מבניים, כפי שהדוגמאות שהובאו לעיל ממחישות:²²¹

COMPETITION & MARKETS AUTHORITY (CMA), MAKING BANKS WORK HARDER FOR YOU (2016),

[https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attach](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/544942/overview-of-the-banking-retail-market.pdf)

[ment_data/file/544942/overview-of-the-banking-retail-market.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/544942/overview-of-the-banking-retail-market.pdf)

שם.

שם.

Competition & Markets Authority (CMA), *Aggregates, cement and ready-mix concrete market investigation*, GOV.UK (Feb. 25, 2016), <https://www.gov.uk/cma-cases/aggregates-cement-and-ready-mix-concrete-market-investigation>

Fletcher, לעיל ה"ש 215.

217

218

219

220

221

Table 8.1. A selection of market investigation remedies, 2003–2016

Regulatory remedies	Changes to regulatory framework	Airports, groceries, local buses, audit, energy
	Improved info for regulators	Airports
Demand-side remedies	Price regulation	Classified Directories, Energy (pre-payment customers)
	Disclosure requirements	Liquified Petroleum Gas (LPG), Home credit, Store Cards, Private Healthcare, Motor Insurance, Banking
	Measures to facilitate/enhance search	Home credit, Payment Protection Insurance (PPI), Audit, Payday, Extended warranties, Banking
	Measures to improve consumer engagement or switching	LPG, Extended Warranties. Home Credit, Banking, Energy
	Fair terms for consumers	Home Credit, Extended Warranties, Store Cards, Banking
	Point-of-sale prohibition	PPI
Supply-side remedies	Data portability	Banking (Open Banking)
	Access to key inputs	Local buses
	Transparency reduction	Aggregates
	Unbundling	PPI, Store Cards, LPG
	Limits on restrictions in agreements	Groceries, Audit, Motor Insurance
	Limits on referral incentives	Private Healthcare
Structural remedies	Divestment	Airports, Aggregates
	Market share/expansion limits	Classified Directories, Groceries
	Market redesign	Energy (settlement market)

גם האיחוד האירופי מכיר בחשיבות סמכות למתן הוראות מראש, בעיקר בכלכלה הדיגיטלית.²²² הצורך בהסדרה כאמור נובע, בין היתר, מאוזלת ידם של הכלים ההגבליים

²²² *Digital Services Act package – ex ante regulatory instrument of very large online platforms acting as gatekeepers*, EUR. COMM'N (last visited Aug. 28, 2023), https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12418-Digital-Services-Act-package-ex-ante-regulatory-instrument-of-very-large-online-platforms-acting-as-gatekeepers_en

הקיימים בהתמודדות עם תופעות של ניצול מעמד לרעה בעולם הדיגיטלי.²²³ בהתאם לכך, בשנת 2020 ביקשה הנציבות האירופית להוסיף אל ארגז הכלים הקיים שלה כלים שיאפשרו לה לבצע – מעבר לטיפול בכשלי שוק נקודתיים – חקירות שוק נרחבות, שמטרתן אינה העמדה לדין או השתת קנס, אלא מתן הוראות התנהגותיות לפירמות הפועלות בשוק, ואף הטלת מגבלות מבניות במקרים שהדבר נדרש לשם הגנה על התחרות.²²⁴ בעוד סמכות כאמור טרם ניתנה לרשות בכלל השווקים בהם היא פועלת, היא הוסמכה לפעול כך במספר מצבים. כך, למשל, בשנת 2023 הסמיכו הוראות חוק ה-Digital Markets Act את הנציבות לערוך מחקרי שוק על מנת לבחון, בין היתר, אילו הוראות ראוי לתת לחברות דיגיטליות המפעילות פלטפורמות גדולות ופועלות כ"שומרות סף" על מנת למנוע מהן להחיל תנאים לא הוגנים ועל מנת להבטיח ששווקים יהיו פתוחים לתחרות.²²⁵

4. הסמכות למתן הוראות: יתרונות וחסרונות

סמכות הממונה למתן ההוראות לבעל מונופולין דומה בעיקרה לסמכות הנתונה לו להסדרת קבוצות ריכוז. שתיהן מבוססות על מטרה דומה. שתיהן יכולות לחול מראש ולא רק בדיעבד. שתיהן מאפשרות הסדרה של פעולות שאינן אסורות בחוק. בשתייהן די בפגיעה ואין צורך בכוונה לפגוע. בשתייהן הסמכות היא רגולטורית באופייה, במובן הצר של המילה. שתיהן יכולות לרפא לא רק פגיעה שנוצרה מהתנהגות, אלא גם כזו שנוצרה מתנאי השוק הקיימים. ושתייהן מרחיבות את מנעד הסעדים. על כן הדיון ביתרונות ובחסרונות של שתי סמכויות אלו כרוך יחדיו. הדיון יתמקד תחילה במימד המהותי של הסמכויות למתן הוראות, ולאחר מכן יבחן את המימד הפרוצדורלי שלהן.

(א) המימד המהותי של הסמכות למתן הוראות

כמפורט לעיל, הסמכות למתן הוראות הופעלה בישראל, לרוב, על מנת להבהיר, מראש, כיצד איסורי החוק חלים בנסיבות מסוימות. להוראות כאלו ערך רב, הן לכלל השוק והן למושא ההוראות, כיון שהן מונעות מראש את חוסר הבהירות שעלול להיווצר לגבי החלת האיסורים בשווקים בעלי מאפיינים שונים. כן הן מונעות, מראש, פרשנות מצרה במיוחד של האיסורים על ידי מושא ההוראות, פרשנות אשר ייתכן שתשמש כבסיס להליך משפטי ארוך ומורכב בדיעבד.

בנוסף, ניתן להשתמש בסמכות למתן הוראות על מנת להשיב על כנה את התחרות שנפגעה כתוצאה מהפרת האיסורים הקבועים בחוק. החלה כאמור יוצרת שני יתרונות: ראשית, התאמת הסעד להפרה. שנית, החלת הסעד באופן מיידי, לאחר ניתוח שוק מעמיק, אך ללא צורך בהליך משפטי ארוך המחייב את הוכחת כל רכיבי התביעה בפני בית משפט פלילי או אזרחי. העובדה שמדובר בהליך קצר וממוקד, המתבצע על ידי מאסדר בעל מומחיות לניתוח שווקים, מאפשרת חזרה מהירה יחסית לשוק יותר תחרותי או מניעת פגיעה

²²³ Margaret Vestager, Exec. Vice-President, Eur. Comm'n, Speech at the ASCOLA Annual Conference: Competition in a Digital Age: Changing Enforcement for Changing Times (Jun. 26, 2020), <https://ec.europa.eu/newsroom/comp/items/681332>.

²²⁴ שם.

²²⁵ DMA, לעיל ה"ש 129, סעיפים 15-17.

בתחרות אשר יהיה קשה יותר לתקנה בדיעבד. מקרה דובק, שפורט לעיל, מדגים זאת: לאחר שדובק הודיעה כי היא פורשת מרשת ההפצה המשותפת באופן מיידי, נתן המאסדר הוראות אשר חייבו את דובק להמשיך לאפשר למתחריה להשתמש במערך ההפצה שלה במשך ארבעה חדשים, כדי לאפשר התארגנות הולמת של המתחרים.²²⁶ בהקשר זה נציין כי הממונה מוסמך גם להוציא קביעה לפיה הוראות החוק הופרו, ואף לקבוע עיצומים מינהליים, ללא פניה לבית משפט.²²⁷

בשני מקרים אלו הסמכות למתן הוראות ודיני התחרות הקלאסיים משמשים כמנגנונים משלימים, הן מבחינת הדין המהותי החל, הן מבחינת הסעד, והן מבחינת קידום הפרשנות המשפטית של חוק התחרות. כמפורט לעיל, המאפיינים של הסמכות למתן הוראות יוצרים יתרונות להחלטה במקרים מסויימים. עם זאת, מקום בו אין לסמכות זו עדיפות על פני שימוש בדיני התחרות הקלאסיים וניתן להגיע לתוצאה דומה מבחינת ההגנה על התחרות ועל ציבור הצרכנים – הן מבחינה מהותית והן מבחינה פרוצדורלית (דוגמת משך הזמן עד לתוצאה) – תוך שימוש בשני כלים אלו, יש להעדיף את האחרונים. כך, למשל, כאשר המטרה העיקרית היא למנוע המשכה של התנהגות אנטי-תחרותית, וקיים סיכוי גבוה שניתן יהיה להוציא צו ביניים שימנע את המשכה של ההתנהגות עד אשר תתברר סופית חוקיותה, או כאשר לחלוף הזמן עד להכרה סופית אין חשיבות מבחינה תחרותית – לא על החברה הנבחרת ולא על התנהגות יתר השחקניות בשוק, ולא על הצרכנים, יש להחיל את דיני התחרות הקלאסיים. זאת משתי סיבות עיקריות. ראשית, ראוי ליצור אחידות בטיפול במקרים דומים, לרבות אלו שטופלו בעבר על ידי דיני התחרות הקלאסיים. שנית, עדיפות זו עשויה להגביר את הודאות המשפטית. צורך זה בולט בעת קיומן של חזקות חלוטות לפגיעה בתחרות, הן בנוגע להסדרים כובלים והן בנוגע לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, לאור החשיבות בהגברת הודאות לגבי כללים ספציפיים, שקל יותר לשחקנים בשוק ולבתי המשפט להחיל. צורך זה מתגבר כאשר ניתן לפתח, דרך פרשנות, איסור הגבלי קלאסי כך שהוא יחול בצורה טובה יותר על מקרים שראוי לתפסם בגדר החוק, דוגמת הסדר מקל שפורט להלן. כן הוא מתגבר לאור העובדה שפרשנות הוראה משפטית על ידי בית משפט – בהשוואה לממונה – יוצרת תקדים בכל משקל גדול יותר ומגבירה את הודאות המשפטית כי פרשנות הממונה לא תיהפך על ידי בתי המשפט בעתיד.

אבל חשוב מכל, הסמכות למתן הוראות מוסיפה לדיני התחרות נדבך שאינו קיים בדיני התחרות הקלאסיים. זאת כיון שסמכות זו מאפשרת שיפור תנאי התחרות העתידית בשוק לקידום רווחת הציבור, גם אם ההתנהגות לא נפלה בגדר אחד האיסורים המסורתיים הקבועים בחוק התחרות. זאת, בשונה מאמצעי אכיפה אחרים המתמקדים בתיקון, במניעה ובהענשה של התנהגות אסורה. כפי שפורט לעיל, השימוש בהוראות יכול לתפקד ככלי פרואקטיבי לתימרון ולעידוד תנאי תחרות, למשל בדרך של הורדת חסמי כניסה לשוק. זאת ועוד: כאשר הבנתנו את הדינמיקה השוקית משתנה, סמכות זו מאפשרת לרשות להגיב להתנהגות

²²⁶ דובק, לעיל ה"ש 155.

²²⁷ מיכל (שיצר) גל ואמיר ישראלי "דלות הסעדים ההגבליים – ניתוח מצבת הסעדים הקיימים והצעות לשיפור עיוני משפט לה 5 (2012).

השחקנים בשוק גם מקום בו הכללים המשפטיים הקיימים לא מותאמים להבנה החדשה.²²⁸ לא ניתן להפריז בחשיבותו של יתרון זה, המרחיב את ארגז הכלים של רשות התחרות ומאפשר לה לטפל, מראש, בתנאי שוק ובהתנהגויות הפוגעים משמעותית בתחרות או בציבור ללא יתרונות מאזנים, הגם שאינם נכנסים לגדר האיסורים הקיימים (לדוגמא, כיון שאינם תוצאה של "הסדר", או בגלל שמקורם אינו ביצירת חסמי כניסה מלאכותיים לשוק).

אכן, כפי שמוטה, פאיטס ושוויצר מדגישים, עקב קיומם של כשלי שוק, חלק מהשווקים לא מגיע לתוצאה אופטימלית לרווחת הצרכנים.²²⁹ חלק מהגורמים לכשלי השוק הם אקסוגניים לחברות, דוגמת חסמי כניסה טבעיים גבוהים. עם זאת, גם במצבים אלו חברות עלולות להגדיל את הסטייה מנקודת האופטימום החברתית בנקיטת פעולות שונות, שחלקן חוקיות, המנצלות את המגבלות הטבעיות של התחרות בשווקים שונים (דוגמת התאמה אוליגופוליסטית).²³⁰ מספר מאפיינים של שווקים עשויים להגביר את האפשרות לפגיעה כאמור. אלו כוללים, בין היתר, יתרונות לגודל, עלויות קבועות גבוהות, עלויות מעבר של צרכנים, והטיות התנהגותיות של צרכנים.²³¹ ניתן להדגים זאת על ידי אפקט הרשת (network effect), שנוצר כאשר התועלת של כל צרכן מהמוצר עולה עם כמות המשתמשים האחרים במוצר (דוגמת רשת חברתית).²³² בשוק המאופיין באפקט רשת, קיים יתרון מובנה למי שנכנס וצמח בו ראשון. משכך, איכות משופרת או מחיר נמוך של מתחרה חדש עשויים לא להספיק כדי לגרום לצרכנים לעבור אליו. בנוסף, חברות עשויות לנקוט בצעדים שיקטינו את המוטיבציה של משתמשים לעבור למתחריהם, שאינם נופלים תחת האיסורים המסורתיים שבחוק התחרות, הגם שאינם יוצרים תועלת לצרכן.²³³ הסמכות למתן הוראות מאפשרת לרשות לעצור פעולות אלו באיבן, בעיקר במצבים בהם מנקודה מסוימת והלאה אפקט הרשת עלול ליצור "נטיית שוק" (market tipping) – נקודת הזמן אשר ממנה והלאה השוק מאופיין בספק מונופוליסטי הנהנה מיתרונות גדולים שלמתחריו קשה מאד להשוותם, אשר ממנה והלאה הלחצים התחרותיים על בעל המונופולין יורדים משמעותית, ומעניקים לו כוח שוק משמעותי. ברגע שהשוק התקבע במצב זה, התערבות רגולטורית תהא פחות יעילה מאשר התערבות מלכתחילה, כאשר עוד הייתה תחרות בשוק.²³⁴

היתרונות המגויים לעיל מתחזקים לאור העובדה שבמסגרת הפעלת הסמכות למתן הוראות, אין חשיבות לכוונתו של נשוא ההוראות ליצור נזק תחרותי, אלא הדין מתמקד בתוצאה (הצפויה) של ההתנהגות או של עצם קיומו של הגוף המאוסדר, בדומה לדיני המיזוגים. מכאן עולה ששיקולי הרתעה או הצורך בביסוס תקדים משפטי תופסים מקום משני בשיקולי הפעלתה. עובדה זו מאפשרת גמישות רבה יותר, תוך התמקדות ברווחת הציבור. עם זאת, מאפיין זה גם יוצר חששות מהפעלת הסמכות. כמפורט להלן, חששות אלו

²²⁸ אלגוריתמים עשויים לשנות חלק מההנחות שלנו לגבי התנהגויות אנטי-תחרותיות. ראו דיון לעיל וכן Gal & Padilla, לעיל ה"ש 30.

²²⁹ Massimo Motta & Martin Peitz, *Intervention Triggers and Underlying Theories of Harm*, MARKET INVESTIGATIONS, לעיל ה"ש 131, בעמ' 19.

²³⁰ שם.

²³¹ שם, בעמ' 20.

²³² שם.

²³³ שם.

²³⁴ שם, בעמ' 27.

מושפעים, בין היתר, מרמת חוסר הודאות לגבי הוראות עתידיות של המאסדר, אשר אינן תלויות בכוונת המאסדר.

העובדה שלרשות התחרות יש סמכות לערוך מחקר שוק אשר עשוי להוביל למתן הוראות, יוצרת יתרון נוסף: ההוראות יינתנו מנקודת מבט רחבה ושלמה יותר בהשוואה לאכיפה נקודתית. כך למשל, תטפל אכיפה בדיעבד בהתנהגות ספציפית המשפיעה לרעה על התחרות (למשל, תמחור טורפני), ואילו מחקר שוק עשוי להתייחס למנעד רחב יותר של מאפיינים הרלוונטיים לשוק הנבחן, מעבר להתנהגות הפירמה (דוגמת השפעות רשת, דפוסי צרכנות ייחודיים, שימוש באלגוריתמים, ועוד).

לבסוף, גמישות הסעדים יוצרת יתרון משמעותי, כיון שהיא מתאימה את הסעד לצרכים המיוחדים של השוק הנבחן. כך, למשל, ניתן לתת הוראות המיועדות לקיצור זמני הטיפול במעבר צרכנים בין מתחרים והפחתת עמלות על-תחרותיות הנגבות עבור מעבר כאמור, או הגדלת הבהירות במחיר נטו של המוצר (הכולל את כל מרכיבי העלות, התנאים החוזיים, עלויות חיצוניות דוגמת מס ערך מוסף, וכדומה), על מנת שצרכנים יוכלו לקבל החלטה מושכלת.²³⁵ בעוד חלק מהפעולות היוצרות חסמים לתחרות נופלות לגדר האיסורים הקיימים בחוק התחרות או בדיני הגנת הצרכן, חלקן אינו מוסדר, למרות פגיעתן בתחרות ובציבור. יחד עם זאת, בהפעלת הסמכות למתן הוראות גלומות גם סכנות לא מבוטלות. להלן נבחן את העיקריות שבהן. ראש וראשית, כמו כל סמכות רגולטורית "פתוחה", גם הסמכות למתן הוראות מגבירה את חוסר הודאות בשווקים לגבי פעולותיו העתידיות של המאסדר. כתוצאה מכך, עלול להיפגע התמריץ לכניסה או להשקעות בשוק, תוך פגיעה ארוכת-טווח ברווחת הצרכנים.

על מנת להתמודד עם אתגר זה, יש צורך ליצור ולהחיל כללים ברורים להפעלת הסמכות. להלן אציע שבעה כללים. ראשית, יש להפעיל את הסמכות רק כאשר ברור שהסיכוי שהיא תיטיב עם התחרות ותגדיל את רווחת הציבור בטווח הארוך, עולה משמעותית על הסיכון שבפגיעה בדינמיקת השווקים. במסגרת בחינה כאמור יש לתת משקל גם ליתרונות לצרכנים הנובעים מההתנהגות הנבחנת. מוטה, פאיטס ושוויצר מדגימים זאת באמצעות אפקט הרשת.²³⁶ מחד גיסא, אפקט הרשת מיטיב עם הצרכנים בהגדילו את תועלתם מהמוצר. מאידך גיסא, אפקט הרשת יכול למנוע כניסת מתחרים חדשים. על כן, על ההוראה לא לבטל את היתרונות לצרכנים מאפקט הרשת. הפתרון עשוי לערב הוראות לניוד או שיתוף דאטה בין מתחרים, כפי שנעשה באנגליה בשווקי הבנקאות והאשראי למשקי בית.²³⁷ כיון שמאגרי מידע עשויים להיות פרי עבודתם של החברות, יש לקבוע גם מנגנון פיצוי כדי לצמצם את הפגיעה באינטרס ליצור מאגר כאמור מלכתחילה.²³⁸ במקרים בהם לממשלה יש מאגר מידע דומה, בין כיון שעסקינן במונופול ממשלתי ובין כיון שמידע שנאסף בשוק אחר עשוי להיות רלוונטי גם בשווקים אחרים, ניתן לבחון את אפשרות השיתוף בהם, בעיקר עם אותם שחקנים שמידע כאמור נדרש להם על מנת להיכנס לשוק.²³⁹ ניתן לשקול גם יצירת מנגנון המעניק

²³⁵ שם, בעמ' 36.

²³⁶ שם, בעמ' 63.

²³⁷ שם.

²³⁸ שם.

²³⁹ שם.

לצרכנים תמריץ להשתמש (גם) בספק שאינו מונופול, תמריץ המתגבר על אפקט הרשת.²⁴⁰ וחשוב להדגיש: מטרת ההוראות הינה אך ורק הגברת התחרות בדרך שתגדיל משמעותית את רווחת הציבור בטווח הארוך. אין להשתמש בסמכות זו לכל צורך אחר.

שנית, וכפי שכבר נקבע בעניין דובק, על ההוראה להיות מידתית לפגיעה בתחרות ובציבור.²⁴¹ במסגרת זו יש לתת משקל לערכים המתחרים על הבכורה, לרבות פגיעה בחופש העיסוק, הגם שחופש זה אינו מוחלט. שלישית, בטרם יציאה לחקירה מעמיקה של השוק, יש לערוך מחקר מקדים כדי לוודא שאכן ניתן לתת הוראות יעילות ומידתיות להסרת הפגיעה או צמצומה. רביעית, מקום בו השוק צפוי להשתנות בעתיד הקרוב, למשל צפויה כניסה או התרחבות אשר תגביר במידה ניכרת את התחרות, יש להתחשב בנתונים אלו בטרם התערבות. חמישית, על הממונה להתחשב ביכולתו לוודא את קיום ההוראות, כמו גם ביתרונותיו וחסרונותיו יחסית למאסדרים אחרים היכולים להיות רלוונטיים. שישית, אין להחיל סמכות זו אם ניתן להשיג את אותה מטרה, ברמה דומה של יעילות, על ידי הפעלת דיני התחרות הקלאסיים. שביעית, אין להחילה, אלא אם יש צורך דחוף במיוחד, בטרם שמע הממונה את הגוף המאוסדר ושקל את ההוראות לאור תגובה זו.

החשש מאפקט מצנן על פעולות השווקים נחלש גם בשל מאפייניה של אסדרה בדרך של מתן הוראות: למרות שאין מניעה שחלק מההוראות ישנו מצב שהתגבש בשל פעולות שנעשו בעבר, עסקינן באסדרה מכאן ואילך, ולא ענישה בדיעבד. בנוסף, המאסדר הוא רשות מומחית באסדרת שווקים, כמפורט בתת-הפרק הבא. לבסוף, העובדה שהסעד אינו פלילי, אלא הוא אסדרתי במהותו, תורמת אף היא להחלשת האפקט המצנן הנובע מחוסר הוודאות לגבי החלטותיו העתידיות של המאסדר. העובדה שהפרת ההוראות, מרגע שניתנו, עלולה לעלות לכדי עבירה פלילית, אינה יוצרת חוסר ודאות בעצמן, אלא אם כן ההוראות שניתנו אינן ברורות דיין. בה בעת, הן יכולות לחזק את האפקט המצנן, בשל שילוב הסנקציות הסופיות עם חוסר ודאות לגבי חוקיות הפעולות מראש. כדי להקטין אפקט זה, גם כאן נציע להחיל כללים מגבילים בטרם תינקט פעולה פלילית ולא אזרחית, במסגרתם יש להתחשב, בין היתר, ברמת הודאות שיצרה ההוראה והקשיים הכרוכים ביישומה בפועל.

יטען הטוען שדרך המלך היא הרחבת רשימת האיסורים ההגבליים, וכל עוד פעולה מסוימת אינה אסורה מפורשות על פי חוק התחרות, אין לאסרה גם בדרך של מתן הוראות. טענה זו מייצגת, ולו חלקית, את הוראות סעיפים 30 ופרק ד' 1 לחוק. באשר לאחרון, הוא נוסף לחוק בשל הכשלים של יתר הוראות החוק - ובראשן ההתמקדות בדרישה להוכחת "הסכס" הפוגע בתחרות - לטפל בבעיית ההתאמה האוליגופוליסטית, המאפיינת שווקים לא מועטים בכלכלה קטנה.²⁴² מכך עולה, שהגבלתו לדיני התחרות הקלאסיים תחטא למטרתו ולא תאפשר התמודדות כאמור עם מגבלות החוק. אכן, הניסוח הרחב של הסעיפים מעיד שהם נועדו לתפוס בגדרם מצבים רחבים יותר מהאיסורים ההגבליים. כך, למשל, בשני המקרים ניתן להפעיל את הסמכות כאשר התחרות או הציבור נפגעים **מעצם קיום חסם** כניסה או מעבר בענף, שלא נגרם בהכרח מהתנהגות החברות. בנוסף, סעיף 30 מאפשר מתן הוראות אף

Michal Gal & Nicholas Petit, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, 36 BERKELEY TECH. L. J. 617 (2021).

²⁴¹ דובק, לעיל ה"ש 155.

²⁴² גל ונבו, קבוצת ריכוז, לעיל ה"ש 135.

במקרה **שעצם קיומו** של בעל מונופול גורם לפגיעה בתחרות או בציבור, להבדיל מהתנהגותו. לבסוף, לשון הסעיף מכוונת להתנהגותו של בעל מונופולין הפוגעת בתחרות או בציבור, **ללא דרישה** כי התנהגות זו תהווה ניצול לרעה של כוחו המונופוליסטי. הבדלים אלו מעידים שלא הכוונה אלא הפגיעה היא העומדת בבסיס הפעלת הסמכות, ושלא רק ההתנהגויות המנויות בחזקות החלוטות נתפסות בגדר הסמכות.

בנוסף, היסטוריית התיקונים לחוק התחרות מעידה ששינויים חקיקתיים עשויים לארוך זמן רב, והליכי החקיקה נתונים ללחצים שאינם בהכרח ממין העניין. זאת ועוד: יש חשיבות להפעלת הסמכות למתן הוראות במקביל להנעה של תהליך של שינויים חקיקתיים, כדי למנוע שינוי לרעה של תנאי השוק עד לאימוצם של שינויים כאמור. החלה מקבילה זו אף יכולה לשמש כתהליך למידה לצורך קביעת היקפם של השינויים החקיקתיים. לבסוף, רשויות תחרות ברחבי העולם מנסות להתמודד עם שטף השינויים הטכנולוגיים המשפיעים על המוצרים והשירותים בשווקים, ודרך כך על היבטים רבים של חייו, לרבות פסיכולוגיים, חברתיים ופוליטיים. עד כה, הניסיונות להרחיב את רשימת האיסורים ההגבליים בדרך יעילה, אשר תפוס בגדרה את ההתנהגויות הפוגעות בתחרות אך בה בעת תיצור כללים ברורים – ולא סטנדרטים – לטיפול יעיל בכשלים תחרותיים בשווקים הדיגיטליים, נתקלת בקשיים מרובים.²⁴³ אנשי אקדמיה רבים ברחבי העולם, כמו גם מחוקקים, מחפשים דרכים לענות על צורך זה, בינתיים ללא הצלחה מרובה.²⁴⁴

חסרון נוסף עלול לנבוע מהעובדה שהממונה מוסמך לשנות תנאי שוק אשר לא בהכרח נוצרו מהתנהגות החברות הפועלות בו. יש שיטענו שלא הוגן לפגוע ברווחיותן של החברות הפועלות בשוק, המשיאות את רווחיהן בהתחשב בתנאי השוק הקיימים ובתגובה הצפויה של מתחרותיהן. טענות מסוג זה ניתן להעלות כנגד כל רגולציה המשנה את תנאי השוק בדיעבד. אולם כשקיימים כשלי שוק, ניתן לטעון שהחווה החברתי – המבוסס על מיקסום הרווחה החברתית – מצדיק התערבות של הממשלה לתיקון כשלי השוק. בטווח הארוך ועל פני השווקים כולם, רגולציה כאמור עשויה אף להיטיב עם הגופים המוסדרים. בהקשר זה, נפסק לא אחת שאין איסור גורף על החלה רטרואקטיבית של הוראות חוק,²⁴⁵ ואין למשקיע זכות קנויה לסטגנציה במדיניות כלכלית קיימת.²⁴⁶ טענה זו יפה במיוחד כשחשמי הכניסה הם יצירי השוק.²⁴⁷ עם זאת, כדי להקטין את הבעייתיות האמורה, על הממונה לנקוט משנה זהירות בטרם ישנה סדרי עולם, ולקבוע כללים ברורים לאכיפה. בנוסף, במיוחד במקרים בהם

²⁴³ ראו, למשל, את הביקורת על ה-DMA: Pinar Akman, *Regulating Competition in Digital Platform Markets: A Critical Assessment of the Framework and Approach of the EU Digital Markets Act*, 47 EUROPEAN L. REV. 85 (2022).

²⁴⁴ על הקשיים, למשל, בטיפול בהתאמה אלגוריתמית, ראו Gal, *Limiting*, לעיל ה"ש 39.

²⁴⁵ ע"א 1613/91 **ארכיב נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 765, פס' 11–16 לפסק דינו של הנשיא ברק (1992). בדומה, חוק לקידום התחרות ולצמצום הריכוזיות, התשע"ד-2013 (להלן: חוק הריכוזיות) מאפשר פירוק פירמידות שליטה והחזקה בחברות.

²⁴⁶ בג"ץ 3734/11 **דודיאן נ' כנסת ישראל**, פס' 24 לפסק דינה של השופטת נאור (בכנו 15.8.2012).

²⁴⁷ Tamar Indig & Michal Gal, *New Powers – New Vulnerabilities? A Critical Analysis of Market Inquiries Performed by Competition Authorities*, COMPETITION LAW AS REGULATION 89 (Joseph Drexler & Fabiana Di Porto eds., 2015).

ההוראות משנות התנהגות בדיעבד, יש לנקוט משנה זהירות בהתאם לשבעת הכללים שהוצעו לעיל.

חשש נוסף עניינו שינוי הדגש של הרשות.²⁴⁸ כאמור, כלי ההסדרה של קבוצות ריכוז שונה באופיו מכלי ההסדרה הרגילים של דיני התחרות. שלא כמרבית הכלים האחרים, אין צורך להוכיח כי נעברה עברה הגבלית. גם כלי ההסדרה הנתונים לממונה רחבים הרבה יותר. שונות זו יוצרת חשש שהממונה יעדיף להשתמש בסמכויות ההסדרה בדרך של מתן הוראות, ולא להוכיח שהופרו הוראות החוק. העדפה זו אף עלולה להקטין את ההרתעה לטווח ארוך. ניתן להקטין חשש זה אם הממונה ישתמש בכלי האכיפה הרגילים מקום שבו עסקינן בהתנהגויות הנופלות במובהק במסגרת יתר פרקי החוק, ואין בעיות הוכחה חריגות.

(ב) מיהות הגוף המוסמך ליתן הוראות

מימד נוסף של היתרונות והחסרונות של הסמכות למתן הוראות נוגע למיהות הגוף המפעיל את הסמכות.²⁴⁹ ניתן לטעון שהסמכות למתן הוראות – בעיקר כאשר היא מופעלת בדרך המיועדת להגדיל את התחרות בשווקים – מתאימה יותר להפעלה על ידי רגולטור ענפי, המכיר היטב את השוק הספציפי. יש אמת בטענה זו. אולם לגבי מרבית השווקים טענה זו אינה ריאלית. זאת כיון שלא ניתן, מבחינת עלות-תועלת, ליצור רגולטור ייעודי לכל שוק. הענקת סמכות זו לרשות התחרות היא, על כן, בבחינת הרע במיעוט: הרשות מומחית בניתוח דינמיקות שווקים. מומחיות זו מסייעת לה בחקר השוק, כמו גם בקביעת הוראות אשר מתאימות להסרת החששות התחרותיים בדרך שלא תפגע ביתרונות שהשוק יוצר.

בנוסף, בשל רוחב היריעה של השווקים הבאים תחת סמכותה, לרשות התחרות הסתכלות רוחבית על רמת התחרות בישראל, לעומת רגולטורים ענפיים המומחים רק לתחום עליו הם מפקחים.²⁵⁰ לראשונה יש רגולטור אשר רואה את השווקים כולם בפריזמה תחרותית, מקרו-כלכלית, המאפשר לו להקיש משוק אחד למשנהו. ראייה זו מאפשרת לממונה ליצור קוהרנטיות, לשלב בין סעדים נדרשים בשווקים שונים תוך יצירת סינרגיה רגולטורית ביו מאסדרים שונים המבוססת על יתרונותיהם היחסיים של כל המאסדרים הרלוונטיים על מנת לתקן בדרך היעילה ביותר כשלי שוק הפוגעים באופן משמעותי ברווחת הצרכן, וכן לאותת לשוק אחר כי אם לא יפעל ביתר תחרותיות, הוא צפוי לאסדרה בדומה לשווקים שכבר הוסדרו על ידיו. אכן, אחת הבעיות העיקריות של הסדרת התחרות בידי מאסדרים ענפיים נוגעת לחוסר מומחיותם באשר להסדרת תחרות בשוקים: החשש שהיעדר מומחיותם ימנע מהם לזהות כשלים בתחרות בשוק שעליו הם אמונים, את הסיבות לכשלים אלו, ואת האופן שבו יש לתקנם.²⁵¹ כשל זה עלול להתעצם בשל הדגש ששמים חלק מהמאסדרים על מטרות אחרות, דוגמת שמירה על יציבות השוק בטווח הקצר.²⁵² בנוסף, קיים חשש שהיות שתחרות מוגברת עשויה למזער את הצורך במאסדר הענפי, התמריץ של המאסדר לקדם תחרות

²⁴⁸ שם.

²⁴⁹ גל ונבו, לעיל ה"ש 135.

²⁵⁰ שם.

²⁵¹ David E. M. Sappington & Dennis L. Weisman, *Regulating Regulators in Transitionally Competitive Markets*, 41 J. REGUL. ECON. 19, 31 (2012).

²⁵² ראו, לדוגמא, ת"פ (י-ם) 417/97 מדינת ישראל הפניקס חברה לביטוח בע"מ ואח' (18.12.2001).

יקטן.²⁵³ זאת ועוד: לעיתים המאסדר הענפי לא מעניק משקל מספק לתחרות. כך לדוגמה, מי שהוביל את פתיחת שוק הבנקאות בבריטניה לתחרות היתה רשות התחרות, אשר נתנה הוראות שהגבירו את השקיפות בתנאים שבנקים שונים מציעים ללקוחותיהם, במטרה להגדיל את ניווד החשבונות. הבנקים הגדולים והוותיקים בבריטניה נהנו ממעטפת רגולטורית שדאגה בעיקר ליציבותם, תוך שימת דגש על רווחיות גבוהה של הבנקים הנתונים בפיקוחה. רשות התחרות הכניסה כלים המיועדים להגביר את התחרות, תוך התייעצות והתחשבות באיזון העדין שבין יציבות השוק לבין עידוד התחרות בו.²⁵⁴ בדין הישראלי, כאשר הרשות מבקשת להסדיר קבוצת ריכוז בעלת רגולטור ענפי (כדוגמת בנקאות, ביטוח או חשמל), עליה להתייעץ עם הרגולטור הענפי, ובמקרים מסויימים אף לקבל את הסכמתו, כתלות בחשש שהגברת התחרות תוביל לסיכון של הגוף המפוקח.²⁵⁵

בה בעת מינוי הממונה למאסדר המכריע טומנת בחובה כמה בעיות. חיסרון אחד טמון במומחיותה של רשות התחרות, המתמקדת בשיקולי תחרות, ללא מומחיות מיוחדת להערכת שיקולים אחרים דוגמת יציבות בשוק.²⁵⁶ החשש הוא שהסעד שייתן הממונה יקדם את התחרות, אבל עלול לפגוע במגוון שיקולים אחרים אשר אין לו כלים לכמת ולמדוד, ועל כן קיים חשש שההוראות תפגענה ברווחה הכוללת של המשק. בעייתיות זו קיימת לא רק בהקשר של מתן הוראות, אלא גם בהקשרם של כלי הסדרה נוספים, דוגמת דיני המיזוגים החלים גם על רכישת חברה המצויה בפשיטת רגל. עם זאת, מספר כלים מקטינים חשש זה. ההוראות כפופות לביקורת שיפוטית. כאמור בחלק מהמקרים חלה על הממונה חובת היוועצות עם הרגולטור הענפי. התעלמות לא סבירה מהנאמר בה מהווה עילה לביטול ההוראות. בנוסף, לחברות שהוסדרו יש זכות ערר בפני בית הדין.²⁵⁷ כמוכן, החלטתו של הממונה, ככל החלטה מנהלית, כפופה לביקורת בג"ץ. לבסוף, בד בבד עם הענקת הסמכות לרשות התחרות לערוך מחקרי שוק החורגים מגדר הפרה של דיני התחרות גרידא, הוקמה ב-2018 רשות מחלקת שווקים, בה חברים כלכלנים המתמחים בניתוח דינמיקות וכשלי שווק, כמו גם בניתוח השפעתם של כלי אסדרה שונים על הטפול בכשלי שוק מסוגם שונים.²⁵⁸ מחלקה זו עוסקת, בין היתר, בגיבוש צעדים הנדרשים למניעת פגיעה בתחרות ולקידום התחרות, לרבות בדרך של ייעוץ למשרדי הממשלה השונים ובליוי הליכי חקיקה. דווקא ההתמחות הרחבה, שאינה מתמקדת רק בשוק אחד, יוצרת נקודת מבט חשובה ומאפשרת העברת ניסיון שנצבר מאסדרה של שוק אחד, לשוק אחר.

²⁵³ Indig & Gal, לעיל ה"ש 247.

²⁵⁴ Whish, לעיל ה"ש 212, בעמ' 255.

²⁵⁵ ס' 131 לחוק התחרות.

²⁵⁶ צמרת פרנט "עורכי דין להגבלים עסקיים: 'חוק קבוצות הריכוז הוא חוק עקום'" גלובס (21.7.2010).
<https://www.globes.co.il/news/article.aspx?did=1000576052>

²⁵⁷ ס' 43(ג) לחוק התחרות.

²⁵⁸ ראו אתר רשות התחרות <https://www.gov.il/he/departments/units/marketsdepartment>

קושי נוסף מכונה בספרות "שבי רגולטורי" (regulatory capture): סיטואציה שבה בעל אינטרס משפיע על הרגולטור לפעול לפי צרכיו במקום לפעול לטובת הציבור.²⁵⁹ הסיכון להתרחשותה של תופעה זו גובר ככל שהאינטרס של הגוף המאוסדר ברגולציה המשרתת את מטרותיו גדל, וככל שיש ביכולתו של הגוף המאוסדר להשפיע על המאסדר. שבי רגולטורי יכול לכלול מעשה לא חוקי (דוגמת שוחד). הוא יכול לכלול גם מצבים שבהם המאסדר מסתמך בפעולותיו על הגוף המאוסדר עד כדי כך שהוא משרת את מטרותיו. החשש לתופעה זו עלול לגבור ככל שמומחיות המאסדר בנושא המוסדר פחותה. למשל, אם למאסדר יש מומחיות מעטה בשאלות הקשורות לתחרות, הוא עלול להסתמך על מידע שהוא מקבל מהגוף המאוסדר בשאלה זו. גם הממונה עלול להיות חשוף לשבי רגולטורי. עם זאת מקובל לחשוב שהסבירות לשבי רגולטורי של הממונה נמוכה מזו של רגולטור ענפי,²⁶⁰ בין היתר כיוון שסמכותו נפרסת על פני שווקים רבים וכן בשל מומחיותו הספציפית בניתוח תחרותי של שווקים. יתרה מזאת, העובדה שהממונה יכול להתערב בהחלטות של מאסדרים אחרים, כשלעצמה, עלולה להפחית את תמריציהם של גופים מאוסדרים להשקיע בשבי רגולטורי.²⁶¹ קושי נוסף שעלול לעלות, הרלוונטי במיוחד לטיפול באלגוריתמים, הוא ההתמודדות עם מורכבותה של הכלכלה הדיגיטלית, המשתנה במהירות רבה. טיפול בה דורש הבנה מעמיקה של מאפייני השווקים, לרבות שווקים רב צידיים, נטיות שוק, ואקוסיסטמים כלכליים. אנו מציעים כי רשות התחרות תלך בעקבות רשויות תחרות אחרות ברחבי העולם, לרבות האמריקנית, הבריטית, הגרמנית והאוסטרלית, ותבצע שינוי ארגוני שעשוי לתרום למאמצים להתמודד עם השימוש באלגוריתמים בשווקים השונים.²⁶² שינוי זה כולל שילוב מומחים בתחומי מדעי הנתונים ומדעי המחשב בצוותים המתאימים ואף הקמת יחידה ברשות התחרות המתמקדת בניתוח והפעלה של אלגוריתמים. צורך זה מתעצם לאור העובדה שהטכנולוגיה הולכת ומתפתחת בצעדי ענק, כמו גם השימוש בה על ידי חברות מסחריות. יחידה כאמור תוכל להקטין את פערי המידע בין המאסדר לבין הפרקטיקה שקיימת בשווקים. יחידה כזו עשויה להפעיל אלגוריתמים אשר יזהו התנהגות אנטי תחרותית.²⁶³ היא גם עשויה לאפשר

HERBERT HOVENKAMP, FEDERAL ANTITRUST POLICY: THE LAW OF COMPETITION 690-234
George J. Stigler, *The Theory of Economic Regulation*, 2 : לחיבוריה ראו: 691 (2d ed. 1999)
BELL J. ECON. & MGMT. SCI. 3 (1971); Sam Peltzman, *Toward a More General Theory of Regulation*, 19 J. L. & ECON. 211 (1976); FRED S. MCCHESENEY, MONEY FOR NOTHING: POLITICIANS, RENT EXTRACTION, AND POLITICAL EXTORTION (1997).

Jonathan B. Baker, *The Case for Antitrust Enforcement*, 14 J. ECON. PERSP. 27, 38 (2003).²⁶⁰

שם.²⁶¹

ראו, למשל, את אתר הרשות האוסטרלית, <https://www.accc.gov.au/about-us/accc-role-and-structure/about-the-accc>;
הגרמנית, https://www.bundeskartellamt.de/DE/DigitalWirtschaft/DigitaleMaerkte/digitale_maerkte_node.html;
ואת אתר הרשות הבריטית: <https://www.gov.uk/government/news/experts-appointed-as-uk-looks-to-level-digital-playing-field-for-consumers>²⁶²

Rosa M. Abrantes-Metz & Albert Metz, *Can Machine Learning Aid in Cartel Detection?*, CPI ANTITRUST CHRONICLE (July 2018); Martin Huber & David Imhof, *Machine learning with screens for detecting bid-rigging cartels*, 65 INTERNATIONAL J. OF INDUSTRIAL ORGANIZATION 277 (2019).²⁶³

לרשות ליצור הוראות שיכולות להגיב בצורה מהירה ונכונה יותר לשינויים התדירים בשווקים הכלכליים. בנוסף, לרשות התחרות ניסיון מצטבר במתן הוראות למניעת פגיעה עתידית בתחרות, אשר נצבר במסגרת הפיקוח על מיזוגים. כאשר הרשות מתנה את אישורה למיזוג בתנאים מסויימים, אשר מטרתם להבטיח כי כתוצאה מהמיזוג לא תיפגע התחרות או ייפגע הציבור באופן משמעותי ללא יתרונות מאזנים,²⁶⁴ היא למעשה עורכת ניתוח דומה, הנסמך על התנאים בהווה וצופה פני עתיד, לזה שהיא עורכת בעת מתן הוראות. בין שתי הסמכויות קיימים מספר הבדלים, לרבות קיומו של טריגר להפעלת הסמכות בדמות שינוי מבני מוצע בשוק, אך הניתוח הנדרש להפעלת דומה בבסיסו.

חשוב להדגיש, כי הסמכות לתת הוראות המחילות את הוראות החוק הקלאסיות במקרים הספציפיים מקבילה, במידה רבה, לסמכות הממונה להוציא קביעה כי החוק הופר במקרה ספציפי.²⁶⁵ לקביעה יתרון בולט לאור העובדה שהיא מהווה ראייה לכאורה בכל הליך משפטי וכי ניתן להשית בגין ההפרה עיצומים כספיים או לבסס עליה תביעה נזיקית או חוזית.²⁶⁶ היא גם אינה מחייבת פרסום מקדים שלה להערוך הציבור. להוראות יתרון מהותי כיון שהן מאפשרות לא רק מתן סעד המתייחס להפרות החוק בעבר או בהווה, אלא גם למתן הוראות צופות פני עתיד, המבקשות להשיב את המצב לקדמותו. כן יש להן יתרון הליכי, כיון שהן אינן מחייבות פניה לבית הדין על מנת לתת הוראות עשה ואל תעשה כדי למנוע הפרה של הוראות החוק.²⁶⁷ עם זאת, בניגוד לקביעה, מתן הוראות מחייב העמדתן לעיון הציבור והן ייכנסו לתוקף לכל המוקדם רק 30 ימים לאחר פרסומן בשני עיתונים יומיים.²⁶⁸ הבדלים אלו הם שיכריעו מתי נכון יותר להשתמש בכל אחד מכלם אלו, הגם שההבדלים ביניהם לרב אינם משמעותיים.

ד. הפעלת הסמכות למתן הוראות במקרים המערבים אלגוריתמים

כמפורט להלן, הסמכות למתן הוראות יכולה לחול על התנהגות הנתפסת בגדר הוראות חוק התחרות הקלאסיות, אך ההליך הכרוך בהחלתן אינו מהיר מספיק כדי להתמודד עם הדינמיקות החדשות הנוצרות בשל השימוש הגובר באלגוריתמים בשווקים. בנוסף, היא חלה על התנהגות שאינה אסורה לפי דיני התחרות הקלאסיים, אך פוגעת בתחרות או בציבור. אין מניעה עקרונית שכלי זה ישמש להקטנת פגיעה בתחרות שמובילה לעלייה ביוקר המחיה, שמקורה בשימוש באלגוריתמים. עם זאת, וכפי שפורט לעיל, יש להחיל את הסמכות למתן הוראות בזהירות רבה, תוך מניעת פגיעה ככל הניתן ביתרונות הלגיטימיים שאלגוריתמים יוצרים למשתמשיהם, ורק באותם מקרים בהם אין כלים חלופיים הפוגעים פחות בחופש הפעולה של חברות לכלכל את מעשיהן, או כשכלים כאמור יעילים הרבה פחות. להלן נבחן מספר מקרים בהם השימוש בסמכות למתן הוראות יכול לעזור להקטנת הפגיעה הנובעת משימוש באלגוריתמים. ננתח תרחישים המערבים התנהגות מולטילטרלית וכן כאלו המערבים התנהגות יונילטרלית.

²⁶⁴ סעיף 21 לחוק התחרות.

²⁶⁵ סעיפים 43 ו-150 לחוק התחרות.

²⁶⁶ סעיפים 43(1) ו-50 לחוק התחרות.

²⁶⁷ סעיף 50א לחוק התחרות.

²⁶⁸ סעיפים 30 ו-31ג(ד) לחוק התחרות.

1. התמודדות עם התנהגות מקבילה: תיאום או התאמה

כאמור, אלגוריתמים יכולים לחזק את יכולתם של מתחרים לנקוט בהתנהגות מקבילה על-תחרותית, הפוגעת בצרכנים, בארבע דרכים שונות. הסמכות למתן הוראות יכולה לשחק תפקיד חשוב בהגבלת התנהגות כאמור.

נתחיל בהוראות שתכליתן להבהיר, במהירות, את תחולת הוראות החוק הקלאסיות במקרה מסוים. סמכות זו רלוונטית בעיקר לשתי הדרכים הראשונות בטיפולוגיה של אורחי וסטוקי: כאשר האלגוריתם משמש ככלי להוצאה לפועל של הסדר קיים, או כאשר מתחרים בוחרים להשתמש, באופן מודע, באותו ספק תוכנה חיצוני לקביעת תנאי המסחר שלהם, אשר במסגרתו כל אחד מהם מעביר לאלגוריתם מידע על תנאי העסקאות שלו בשוק. נדגים את הפוטנציאל לשימוש בהוראות להבהרת תחולת איסורי החוק בשתי קטגוריות אלו על ידי התמקדות במקרים מהסוג השני. מקרים מסוג זה (hub and spoke) אינם מיוחדים רק לאלגוריתמים.²⁶⁹ חוקי התחרות התמודדו עם מקרים דומים המערכים בני אדם, למשל כאשר מתחרים השתמשו באותו רואה חשבון לקבוע את מחיריהם, ורואה החשבון קבע את המחיר בהתחשבו במידע שקיבל מכל לקוחותיו. הקושי בטיפול במקרים מסוג זה נובע מהעובדה שכל עוד כל מתחרה מקבל את ההחלטה להשתמש באותו גורם מתמחר בצורה עצמאית, בעיקר כאשר אותו גורם נחשב לטוב ביותר בתחומו, קשה יותר להוכיח שעסקינן בהסכם, כנדרש בדין. לעיתים חשוב להבהיר את תחולת הדין, בעיקר בכל הנוגע להסדר מקל או לגורם חיובי מצרפי להוכחת קיומו של הסדר. חשיבות זו עולה לאור השימוש הגובר באלגוריתמי תמחור חיצוניים.

כך, למשל, לאחרונה נדון שימוש כאמור על ידי בעלי המלונות בלאס וגאס, אשר השתמשו באותו ספק חיצוני של שירותי תמחור אלגוריתמיים, אליו הם העבירו את פרטי החדרים הפנויים כמו גם את פרט עסקאותיהם. נטען כי המידע המדויק והאגרגטיבי, מכל המתחרים בשוק, השפיע על המלצות המחיר של האלגוריתם, אשר שימשו בתורם כבסיס למחירים על-תחרותיים שקבעו בעל המלונות.²⁷⁰ בית המשפט דחה את התביעה, בקובעו שהתובעים לא הוכיחו שבתי המלון התחייבו מראש לקבל את המלצותיו של האלגוריתם. זוהי קביעה בעייתית, במיוחד אם כל בעל בית מלון מודע שהאלגוריתם מוזן במידע שסיפקו לו גם מתחריו, והוא מעניק שירותי תמחור זהים גם להם. הדרישה להתחייבות מראש לקבלת ההמלצה של האלגוריתם בעייתית במיוחד בעולם של אלגוריתמים. מחקר של פרו-פובליקה הראה שחברות נטו לקבל החלטות של אלגוריתמים, גם אם המחיר הגבוה נגד את האינטואיציה שלהם.²⁷¹ החשש מאי הבנה של המאפיינים של אלגוריתמים והשפעתם על השוק גובר מקום בו מדובר בשופטים שאינם בעלי רקע טכנולוגי. זאת ועוד: השימוש הגובר

²⁶⁹ ראו, למשל, Joseph E. Harrington Jr., *The Challenges of Third Party Pricing Algorithms for Competition Law*, forthcoming, THEORETICAL INQUIRIES IN LAW (2025); Ariel Ezrachi & Maurice E. Stucke, *The Role of Secondary Algorithmic Tacit Collusion in Achieving Market Alignment* (2023), <https://ssrn.com/abstract=4546889>.

²⁷⁰ Gibson, לעיל ה"ש 45. ערר שהוגש ע החלטה זו טרם הוכרע.

²⁷¹ Heather Vogel, *Rent Going Up? One Company's Algorithm Could Be Why*, PROPUBLICA, Oct. 15, 2022, <https://www.propublica.org/article/yieldstar-rent-increase-realtor-rent>.

באלגוריתמים בשווקים מחייב נקיטה בפעולות מניעה מיידיות. לטיפול במקרים אלו מוצע לתת הוראות שיבהירו מה מהווה התנהגות האסורה לאור תנאי השוק, ועל מי יחול האיסור. למשל, ניתן לדרוש שלא כל החברות ישתמשו באותו ספק חיצוני של אלגוריתם תמחור,²⁷² או כי המתחרות לא יעבירו מידע שאינו פומבי לאותו אלגוריתם, ואף לדרוש שגם המידע הפומבי לא יועבר בתצורה המקלה משמעותית על תמחור מקביל. לחילופין, ניתן לדרוש שהמתחרות לא ישתמשו באלגוריתם המבוסס על מידע אגרגטיבי, לא פומבי, שהמתחרים העבירו אליו. במקרים רלוונטיים, ניתן לדרוש שלא יועבר מידע המשמש כנקודת מידוד (benchmark) להתאמת מחירים. כמובן, שעל הוראות כאמור לאזן בין הפגיעה בתחרות לבין היתרונות הגלומים בתמחור אלגוריתמי לרווחת הציבור.

החשש ההסדרים מסוג זה הניעה מספר מדינות להבהיר החוק החל. כך, למשל, הפסיקה שבעניין המלונות בלאס וגאס הובילה מחוקקים אמריקניים להציע תיקון חוק בדמות ה- Preventing Algorithmic Collusion Act, שמטרתו לוודא שהחול מוחל בצורה נכונה. הצעת החוק יוצרת חזקה לקיומו של הסדר כובל, מקום בו מתחרים משתפים מידע רגיש דרך אלגוריתמים על מנת להעלות את המחיר.²⁷³ וכך, רשות התחרות הבריטית פרסמה לאחרונה הנחיות במסגרתן הובהר כי שימושים מסויימים של אלגוריתמים ייחשבו כאנטי-תחרותיים, לרבות שימוש מקביל באלגוריתם של צד שלישי המאפשר שיתוף עקיף במידע נסתר, המגביל את חוסר הודאות ואת התחרות.²⁷⁴ בישראל ניתן להגיע לתוצאה דומה דרך החלת הוראת שמטרתן להבהיר את תחולת החוק במקרים המתאימים. במקביל, ראוי להתחיל בהליכים חקיקתיים או בפרסום הנחיות להבהרת תחולת החוק. אך הליכים אלו דורשים הרבה יותר זמן וייתכן שייתקלו במכשלות פוליטיות.

השימוש בהוראות יכול גם לעזור לטיפול מהיר בהתנהגויות המשפיעות על עיצוב האקוסיסטם הדיגיטלי, המתפתח במהירות ועלול ליצור סטטוס קוו על-תחרותי אשר יהיה קשה מאד להתמודד עימו בדיעבד. נדגים זאת על ידי שימוש באלגוריתם ל"גירוד מידע" (data scraping) – מצבים בהם שחקן אחד אוסף מידע לגבי פרטים מאתרים של מתחרה אחר הפתוחים לציבור, ומשתמש בהם לצורך יצירת מוצרים או שירותים חדשים או מתחרים.²⁷⁵ על פניו, שימוש מקביל זה במאגר נתונים מקדם את רווחת הצרכנים. בה בעת, מתעורר חשש שהוא יפחית את התמריצים של שחקנים בשוק לאסוף מידע בעצמם, וכן יפגע בפרטיות. בניסיון לפתור התנגשות זו, מדינות שונות החילו איזונים שונים בין השיקולים

²⁷² הוראה כזו לא תפתור בהכרח את הבעיה, אם אלגוריתמי התמחור יוכלו אז למקבל א התנהגותם. ראו Ezrachi & Stucke, לעיל ה"ש 269.

²⁷³ Klobuchar, *Colleagues Introduce Antitrust Legislation to Prevent Algorithmic Price Fixing - News Releases - U.S. Senator Amy Klobuchar* (senate.gov) (Feb. 2, 2024); *Preventing the Proposed Algorithmic Facilitation of Rental Housing Cartels Act of 2024*, <https://www.congress.gov/bill/118th-congress/senate-bill/3692/text?s=1&r=109>.

²⁷⁴ Competition and Markets Authority, *HORIZONTAL AGREEMENTS* (August 2023) https://assets.publishing.service.gov.uk/media/64dba33bc8dee400127fd25/Horizontal_Guidance_FINAL.pdf

²⁷⁵ ראו, למשל, Daniel J. Solove & Woodrow Hartzog, *The Great Scrape: The Clash Between Scraping and Privacy* (July 3, 2024), <https://ssrn.com/abstract=4884485>.

המתחרים.²⁷⁶ בסין, למשל, נאסר על פלטפורמה חברתית אחת להשתמש בנתונים המועלים על ידי המשתמשים בפלטפורמה חברתית אחרת, ללא אישורה של הפלטפורמה השנייה, גם אם המשתמשים נהנו מהשימוש הנוסף בנתונים. הפעולה נאסרה במסגרת חוק התחרות, על בסיס טענות של חוסר הוגנות והנזק שהיא גרמה לתמריצים של הפלטפורמה השנייה לאסוף מידע.²⁷⁷ בארצות הברית התעוררה שאלה דומה במסגרת עניין *LinkedIn v. HiQ*.²⁷⁸ באותו מקרה אספה HiQ נתונים לגבי שינויים שעשו משתמשים בעמודי ה-LinkedIn שלהם שהיו פתוחים ליתר המשתמשים, על מנת למכור מידע זה למעסיקהם הנוכחיים, לאור העובדה ששינויים כאמור לרוב מעידים על חיפוש עבודה חדשה. HiQ טענה שמדובר במידע גלוי ששימש ליצירת שירות חדש וכי LinkedIn ביקשה לעצור את האיסוף כיון שהיא הייתה מעוניינת לתת שירות זה בעצמה, קרי להגביל את התחרות עימה. מאידך, טענה LinkedIn שאיסוף המידע פגע בפרטיות המשתמשים כיון שהוא הפר את הסכמתם לשימושי המידע המותרים במידע שלהם. הגם שהדיון בפרשה עסק בעיקר בשאלה האם הופר החוק האמריקני שאוסר על גישה בלתי מאושרת למחשב של אחר, ההשלכות התחרותיות שימשו בסיס לחלק מפסקי הדין של הערכאות השונות. בסופה של פרשה, שינתה LinkedIn את כללי ברירת המחדל של משתמשיה, כך שכל שינוי בעמוד שלהם יהיה נסתר אלא אם הם יבקשו אחרת, וכך פגעה במודל הכלכלי של HiQ. שאלות דומות טרם עלו בפסיקה הישראלית. אם יוחלט שפעולות גירוד מידע פומבי מאפשרות במצבים ובשווקים מסויימים הגברת התחרות בקבוצת ריכוז באופן העולה על הפגיעה בתמריצי איסוף הנתונים מלכתחילה, וכי מבנה השוק ישתנה באופן הפוגע בצרכן אם לא תינקט פעולה מיידית, ניתן יהיה להסדיר באופן מיידי באמצעות הסמכות למתן הוראות.

אולי חשוב מכל הוא השימוש בסמכות למתן הוראות בדרך המאפשרת התמודדות עם התנהגויות המערבות אלגוריתמים הפוגעות בתחרות או בציבור שאחרת לא ניתן היה לתפוס תחת החוק. במקרים רבים ההוראות הן הכלי היחיד שניתן להחילו על מנת למנוע שימוש באלגוריתמים הנופל בגדר שתי הקטגוריות האחרונות של אזרחי וסטוקי: אלגוריתם מומחה ואלגוריתם לומד, המקבלים את החלטותיהם באופן עצמאי. נדגים זאת על ידי הוראות האוסרות על פעולות ספציפיות, יוניטרליות, המקילות על התאמה אוליגופוליסטית, ללא יתרונות מאזנים לטובת הציבור. הוראה המונעת מעבר מידע בין מתחרים לגבי האלגוריתם שהן מפעילות או עומדות להפעיל, או לגבי בסיס הנתונים שעל בסיסו האלגוריתם פועל, לא צפויה להיות בעל השלכות שליליות על ציבור הצרכנים, אבל יכולה לפגוע ביכולתן של המתחרות להגיע להתאמה אוליגופוליסטית, יכולת שאלגוריתמים תורמים לה גם בשווקי מרוכזי-מתחרים.²⁷⁹ שימוש זה מתגבר על הקושי הטמון בעובדה שהתאמה אלגוריתמית מתבססת על החלטותיה של כל חברה בנפרד, אולם המידע לגבי כלל ההחלטות היוניטרליות מהווה חלק מבסיס הנתונים המשמש את אלגוריתם התמחור של המתחרים. מכאן, שהתייחסות להחלטה של כל חברה בנפרד כעל חלק מהסדר, הינה מוקשה במקצת.

²⁷⁶ נגה בליקשטיין-שחורי ומיכל גל "לא על הפרטיות לבדה: משטר הנתונים בישראל" (נשלח לפרסום, 2024).
²⁷⁷ *Weibo v. FanYou Data Scraping Case*, Beijing Haidian District People's Court, Economic Appeal No 2799, 9 July 2019.

²⁷⁸ לפירוט ראו *Solove & Hartzog*, לעיל ה"ש 275.

²⁷⁹ *Gal, Illegal Agreements*, לעיל ה"ש 55.

שימוש בהוראות במקרים אלו גם פותר את הצורך לקבוע בצורה חד משמעית מה נופל תחת האיסורים המסורתיים של דיני התחרות, כיון שניתן לתת הוראות גם במקרה שהאיסור הופר, וגם במקרה שהוא לא הופר. חשיבות נקודה זו עולה מהעובדה שיש התנהגויות שקיימת מחלוקת האם הן מפירות את החוק, הגם שהן פוגעות בתחרות. כך, למשל, טרם הוברר בדין הישראלי מהם התנאים הנדרשים לאיסור על הסדר מקל.²⁸⁰ העובדה שהממונה מוסמך לתת הוראות גם במקרים שלא עולים לכדי הפרה, מייתרת מחלוקת זו, מונעת את העיכובים הנובעים מהתדיינויות ארוכות, ומעבירה את הדגש לפגיעה בתחרות או בציבור. ניתן להדגים זאת בעזרת הקושי בקביעת קווים מנחים ברורים לגבי התנהגויות יונילטרליות אשר מאותתות למתחרים על נכונות לנקוט בתמחור מקביל, כיצד יש לקיימו, או על תנאי, אולם זו אינה מטרתם היחידה. קחו, לדוגמא, אימוץ של אלגוריתם מסוג עקוב-אחר-המנהיג, המנטר את מחיריה של חברה מסוימת וקובע מחיר זהה לחברה המפעילה אותו.²⁸¹ מחד, זוהי אסטרטגיית תמחור מקובלת, בעיקר כאשר מדובר במוצרים הומוגניים. עם זאת, אחת מתוצאות הלוואי שלה היא יצירת התנהגות מקבילה בין המנהיג לבין העוקב, תוך עליית מחירים. השאלה האם אימוץ אלגוריתם כאמור מהווה הזמנה להסדר, הנתפסת בגדר החוק, או - כאשר המנהיג המודע לאלגוריתם זה קובע מחיר הממקסם את רווחי המתחרים בשוק, פעולה זו מהווה קיבול המוביל להסדר - היא שאלה לא פשוטה, התלויה בנסיבות הספציפיות. כך, למשל, קשה להוכיח שהאלגוריתם של המנהיג היה קובע מחיר גבוה גם ללא הצעה או איתות מקדמי. רשות התחרות היוונית טיפלה בקושי זה על ידי שינוי החוק כך שיתפוס בגדרו גם פעולות יונילטרליות המהוות הזמנה להתאמה במטרה למנוע, להקטין או לפגוע בתחרות, וכן הודעות המאותתות על מחיר עתידי המקטינות את חוסר הוודאות העסקי של המתחרות, שאינן חלק מהתנהגות עסקית מקובלת.²⁸² הנחיות הרשות היוונית מבהירות שהתיקון לחוק תופס בגדרו גם התנהגות יונילטרלית שלא נתפסת תחת האיסור על הסדר כובל, וכי אין צורך באיום בענישה אם המתחרה לא מקבל את ההצעה, כל עוד די באיתות כדי לחזק את המוטיבציה והיכולת להגיע למחיר מקביל גבוה.²⁸³ גם אצלנו ראוי לתקן את החוק כדי לכלול הוראות ספציפיות המחילות את איסורי החוק גם במקרים שעד עתה לא נתפסו בגדרו – לרבות עבירת הניסיון לעשות הסדר כובל - אבל ברור שפגיעתן בתחרות עולה על יתרונותיהם לרווחת הציבור, אך עד לתיקונן ניתן להשתמש בהוראות למנוע התנהגות כאמור.

לבסוף, ניתן להשתמש בהוראות להקלת האסדרה. כך, למשל, ניתן לדרוש במסגרתן שהחברות המאוסדרות לא ימחקו דאטא מסוג מסוים, המעיד על ההחלטות אותן קיבל האלגוריתם בעבר, או דאטא לגבי השינויים בפרמטרי ההחלטה של האלגוריתם, לאורך זמן. מידע זה עשוי לעזור לרשות התחרות ללמוד על דרך הפעולה של אלגוריתמים, וכן להתאים טוב יותר את הסעד להגשמת מטרתו. כמובן, שיש להבטיח שרשות התחרות תשמור על סודות המסחר של מפעיל האלגוריתם. בהקשר זה ניתן להשתמש בלמידה פדרטיבית

²⁸⁰ ראו דיון בפרק ב.1 לעיל.

²⁸¹ לאלגוריתם מעין זה ראו Gal, *Illegal Agreements*, לעיל ה"ש 5.

²⁸² סעיף 1A לחוק היווני Law 3959/2011 (2011).

²⁸³ Hellenic Competition Commission, Guidelines on the implementation of Article 1A L.

(2023) 3959/2011 פסקאות 6 ו-9.

(federated learning), טכניקת למידת מכונה שבה מודל מאומן על פני מספר שרתים מבוזרים המחזיקים נתונים מקומיים, מבלי להחליף את הנתונים עצמם. טכניקה זו מאפשרת למידה תוך שמירה על פרטיות הנתונים.²⁸⁴

2. התמודדות עם ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי

כמפורט לעיל, מרבית ההתנהגויות הנצלניות או המדירות בהן נוקט בעל מונופולין יכולות להיכנס בגדר איסורי החוק הקלאסיים. עם זאת, גם כאן השימוש בהוראות יכול להיטיב את הרווחה החברתית בתנאים מסויימים.

ראשית, נדגים מתן הוראות שמטרתן להבהיר, מראש, כיצד יש להחיל את איסורי החוק במקרה הספציפי. קחו, למשל, את התנאי לתחולת האיסור הקלאסי של ניצול כוח לרעה: שהפעולה בוצעה על ידי בעל מונופולין. כאמור, הגדרת המונופולין בחוק מבוססת על הגדרת השוק בו הוא פועל. אלגוריתמים יכולים לשפר את יכולתו של מוכר להבחין בין (קבוצות) צרכני-ביניים המתחרים ביניהם, המאופיינים בגמישות ביקוש שונה למוצריהם. אם כל קבוצה כזו תיחשב בעיניי הספק כשוק העומד בפני עצמו, הוא עלול לסבור שאין הוא מונופול ולכן איסורי החוק לא חלים עליו. אם ניתוח עומק של השוק מעיד שלפחות בחלק מהקבוצות של הצרכנים יש לספק כוח שוק משמעותי לאור רמת גמישות הביקוש הנמוכה שלהם, יש מקום להבהיר לספק כי בשווקים אלו הוא מהווה בעל מונופולין, גם אם נתח השוק המצרפי שלו על פני כל השווקים יחד אינו עולה על 50%. אם האפליה פוגעת בתחרות בין צרכני-הביניים, יש מקום לתת הוראות המבהירות שאיסור האפליה חל במקרה הספציפי. מעניין לציין כי ייתכן שבעוד שבצד הביקוש לתשומה של בעל המונופולין צרכני הביניים יכולים להשתייך לקבוצות שונות ולכן לשווקים שונים מבחינת בעל המונופולין, הרי בצד ההיצע ייתכן שצרכני-ביניים מקבוצות שונות יפעלו באותו שוק ויתחרו זה בזה על כיסו של הצרכן.

הדוגמא השנייה נוגעת להעדפה עצמית (self preferencing) של בעל המונופולין, מקום בו בעל המונופולין מעניק לזרועו העסקית עדיפות באספקת שירותים או מוצרים על פני המתחרים עם זרוע זו. התנהגות זו יכולה להיתפס, למשל, תחת איסור הסירוב לספק.²⁸⁵ מקום בו בעל המונופולין שולט במשאב שהגישה אליו חיונית לתחרות, חלה דוקטרינת המשאב החיוני, המחייבת מתן גישה בתנאים לא מפלים והוגנים.²⁸⁶ התנהגות זו גם יכולה להיתפס תחת איסורים אחרים, דוגמת קשירה או אפליה, בתלות בעובדות המקרה הספציפי. ככל שתנאי הגישה שבעל המונופול מתנה מורכבים יותר, כך נדרשת הבנה טובה יותר של השפעת המרכיבים השונים על ההעדפה העצמית, ונדרשות הוראות המותאמות למקרה הספציפי. אלגוריתמים יכולים להקשות על הזיהוי של התנהגות המפרה את איסורי החוק וכן להגביר את הצורך בהוראות המבהירות, במהירות, את תחולת איסורי החוק בתנאים שהם יוצרים. נדגים זאת בעזרת החקירה שערכה רשות התחרות האיטלקית, עליה עמדנו לעיל,

²⁸⁴ Thibault Schrepel & Alex Pentland, *Competition between AI Foundation Models: Dynamics and Policy Recommendations* (June 28, 2023), <https://ssrn.com/abstract=4493900>.

²⁸⁵ סעיפים 29 ו-29א(א) לחוק התחרות.

²⁸⁶ הילה נבו ומיכל גל "דוקטרינת המשאב החיוני: מתי מונופול נדרש לתת גישה למתחריו" ספר מרים נאור (אהרון ברק ואח' עורכים, נבו, 2023) 697.

בנושא האלגוריתם שהפעילה אמזון על מנת להחליט איזה מוצר ייכלל בהצעה לרכישה מיידית (Buy-Box), ואשר נתן משקל לפרמטר הבוחן האם המוכר משתמש גם בשירותיה הלוגיסטיים של אמזון בדרך שיצרה מוטיבציה לשירותים לוגיסטיים שניתנו על ידה.²⁸⁷ מתן הוראות במקרה זה יחייב את רשות התחרות לאזן בין השפעת ההתנהגות על התחרות בשוק שירותי הלוגיסטיקה, לבין זכותו של בעל המונופולין לתת משקל ראוי באלגוריתם שהוא מפעיל לשיקולים של איכות השירותים הלוגיסטיים הניתנים לצרכנים, לרבות מהירותם ומהימנותם. ניתוח זה נדרש להיעשות בראיה רחבה הלוקחת בחשבון הן את השפעות התנהגות העבר על היווצרותם של שירותי מתחרים והן את חשיבותו של פרמטר זה לצרכנים יחסית לשיקולים אחרים. הוראות יכולות להבהיר מה נדרש בעל המונופולין לעשות על מנת לעמוד בדרישות החוק.

דוגמא נוספת נוגעת לטיפול באפליה בין (קבוצות של) צרכנים סופיים. כאמור לעיל, השימוש הגובר באלגוריתמים מבוססי-דאטא גורם לכך שקל יותר לחברות בעלות כוח שוק להפלות בין צרכנים כאמור. בעוד לשון החוק רחבה דיה על מנת לאסור התנהגות זו תחת סעיף הסל האוסר על ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי, השאלה האם התרבות המקרים של אפליה בין צרכנים סופיים אמורה לשנות את ההנחות הכלכליות לגבי פגיעתה המצרפית ובהתאמה את הגישה המשפטית הנהוגה לגביה, טרם הוכרעה. נניח, לצורך הדיון, כי יוחלט שאפליה של צרכנים סופיים פוגעת ברווחת הציבור לטווח ארוך. ניתן לטפל בכך בעזרת מתן הוראות שיאסרו על אפליה בשווקים מסויימים, או שיגבילו את מנעד השונות בין המחירים ללקוחות השונים. דוגמא זו גם ממחישה כי האיסור – ובעקבותיו ההוראה שניתנת – לא חייבים להיות דיכוטומיים: לא נדרש לקבוע כי אפליה לצרכנים סופיים, בכל מצב שהוא, היא אסורה או מותרת, אלא ניתן לקבוע מגבלות לשונות המחירים.

דוגמאות אלו ממחישות כיצד בעזרת מתן הוראות ניתן לטפל באופן מהיר בהתנהגות שנכנסת בגדר החוק אבל טרם טופלה בעבר או שטופלה באופן חלקי בלבד, בין היתר כיוון שתוצאותיה האנטי-תחרותיות לא היו משמעותיות לפני עידן הכלכלה הדיגיטלית. בנוסף, סמכות זו מאפשרת התאמת האסדרה, במהירות, למצב בו הכללים המשפטיים הקיימים מתבססים על הנחות לגבי התנהגות השווקים שכבר לא מתאימות לעולם בו חברות רבות מפעילות אלגוריתמים.²⁸⁸ כמובן שניתן להגשים מטרה זו גם בדרכם אחרות. ניתן, למשל, להגיש תביעה על ניצול לרעה אשר תידרש לעבור את הערכאות המשפטיות בטרם תינתנה הוראות, למעט במצב שבו ניתן צו מניעה או צו עשה בתחילת ההליך. ניתן גם לפרסם הנחיות התנהגות, אולם עריכתן ופרסומן, כמו גם בדיקת תחולתן במקרים הספציפיים, עלולה לארוך זמן רב מדי ולגרום להשתרשות מבנה שוק אשר יהיה קשה לשנותו חזרה. לעומת זאת, את הסמכות למתן הוראות ניתן להפעיל באופן מידי.

גם הוראות שמטרתן להשיב על כנה את התחרות שנפגעה כתוצאה מהפרת האיסורים הקבועים בחוק יכולות להיות רלוונטיות לפעילות אלגוריתמית יוניטלרית של בעל מונופולין. נניח שאלגוריתם נדרש לגישה למידע מסוג מסוים על מנת לפעול כראוי, דוגמת מידע על התנהגות צרכנית המעידה כיצד הפרמטרים השונים של המוצרים המתחרים

287 Note by Italy, לעיל ה"ש 70.

288 Gal & Padilla, לעיל ה"ש 30.

משפיעים על הביקוש.²⁸⁹ נניח גם שבעל המונופולין חסם את הגישה למידע כאמור על ידי מכשלות מלאכותיות. כך, למשל, בעל המונופולין מפעיל פלטפורמה עסקית, דרכה הוא גם מתחרה על מכירת חלק מהמוצרים. בעל הפלטפורמה אוסף את המידע על העדפות הצרכנים על הפלטפורמה ומשתמש במידע זה על מנת להתאים טוב יותר את הצעותיו ולהגדיל את חלקו בשווקים המוצרים השונים. הוא מונע גישה של מתחריו, המוכרים דרכו, למידע לגבי התנהגות צרכנית בנוגע למוצריהם על הפלטפורמה, מידע הנדרש להם על מנת להתאים את הצעותיהם לביקוש בשוק. חקירה ברוח זו נפתחה לאחרונה על ידי האיחוד האירופי נגד אמזון. שם נטען כי אמזון ניצלה את תפקידה הכפול - כמפעילת הפלטפורמה וכספקית מוצרים. אמזון הפעילה אלגוריתמים שניתחו את הנתונים על מכירות דרך אתרה על מנת ללמוד על מגמות צרכניות בהתהוותן, והחלה לייצר באופן מיידי מוצרים דומים לאלו שהצליחו, תוך יצירת תחרות בלתי הוגנת.²⁹⁰ הוראות להשבת התחרות על כנה במקרה זה עשויות, למשל, לחייב את בעל הפלטפורמה שלא להשתמש באלגוריתם האמור במידע על מגמות צרכניות שנאסף דרך האתר שלה ושאינו פומבי. הוראות ברוח זו קבועות בחוק ה-DMA האירופי, שהתקבל לאחרונה.²⁹¹

דוגמא נוספת לסעד בדרך של מתן הוראות עולה מההסכמות אליהן הגיעו רשות התחרות הבריטית ומטא, חברת האם של פייסבוק, בשנת 2023, לאור חקירת הרשות שהתמקדה בטענות כי מטא ניצלה לרעה את מעמדה כפלטפורמה דיגיטלית מובילה. מטא השתמשה באלגוריתמים על מנת לאסוף ולהשתמש במידע שהתפרסם על ידי מפרסמים²⁹² פרטיים בפלטפורמת פייסבוק, לצורך יצירת יתרון בלתי הוגן לעצמה בתחרות בשוק המודעות המקוונות ומודעות היכרות באינטרנט.²⁹³ מטא הסכימה לאפשר למפרסמים בפלטפורמה שלה לסרב לשתף מידע עימה. בעולם של מתן הוראות, הרשות יכלה לתת הוראה זו בעוד מועד, לאחר ניתוח השוק הרלוונטי וההשפעה התחרותית של פעולותיה של מטא. כן ניתן היה לתת הוראה המחייבת פיצוי מצד מטא בגין המידע שהיא אספה בניגוד להסכמתם של המפרסמים. בנוסף, כפי שגל ופטיט הציעו, מקום בו האלגוריתם למד ממידע ייחודי, אשר למתחרים לא הייתה גישה אליו בשל התנהגות אנטי-תחרותית של בעל המונופולין, ייתכן שיש מקום לשקול "התנעת" התחרות על ידי שיתוף המתחרים באלגוריתם, בבחינת שיתוף בפירות העץ המורעל.²⁹⁴ במצב קיצוני, בו שום סעד אחר לא יעזור להשיב את התחרות על כנה, ניתן גם לשקול הוראה מבנית, האוסרת על בעל פלטפורמה חיונית ומובילה להתחרות

²⁸⁹ Zachary Abrahamson, *Essential Data*, 124 YALE L. J. 867 (2014).

²⁹⁰ European Commission, Case AT.40462, Statement of Objections to Amazon for the Use of Non-Public Independent Seller Data and Opens Second Investigation into Its E-Commerce Business Practices (Nov. 10, 2020).

²⁹¹ הוראות מסוג זה קבועות ב-DMA, לעיל ה"ש 129.

²⁹² Case COMP/AT.40462 and Case COMP/AT.40703 - Amazon Commitments to the European Commission (Dec. 20, 2022).

²⁹³ Competition and Markets Authority, Investigation into Meta's use of data- Case AT 51013 (Nov. 3, 2023).

²⁹⁴ Michal S. Gal & Nicholas Petit, *Radical Restorative Remedies for Digital Markets*, 37(1) BERKELEY TECHNOLOGY L. J. 617 (2021).

עם אלו המתחרים דרכה. כך, למשל, בהודו נאסר על אמזון למכור דרך הפלטפורמה שלה מוצרים שהיא או מי מטעמה מספקים, על מנת למנוע מצב של העדפה עצמית.²⁹⁵ הוראות גם יכולות לעזור להתגבר על התנהגות צרכנית שלא משרתת את רווחת הצרכן לטווח ארוך. כך, למשל, מחקרים מוכיחים שמרבית הצרכנים אינם בודקים אפשרויות נוספות, לאחר שהתרגלו להשתמש בפלטפורמה צרכנית מסוימת (consumer stickiness), גם אם בדיקה כאמור הינה כדאית עבורם.²⁹⁶ בנוסף, צרכנים עשויים להימנע מפעולות העשויות להיטיב עמם בשל בעיית הפעולה הקולקטיבית או האדישות הרציונלית.²⁹⁷ הוראות המקילות על צרכנים לקבל החלטות המשקללות את כל הפרמטרים הרלוונטיים, בעלות נמוכה, יכולות לקדם את התחרות בשוק. כך, למשל, ניתן לתת הוראות שיחייבו בעל מונופולין לספק יותר מידע שיבהיר לצרכן את כל רכיבי הצעתו המשפיעים על מחיר ועל האיכות,²⁹⁸ או את מידת ההתאמה של ההצעה לצרכן, או לשנות את ברירות המחדל (default) שבעל המונופולין מציג לצרכן, לרבות הגבלת השימוש בכלי הכוונה (nudging), כך שיורידו חסמים מלאכותיים לכניסה של מתחרים לשוק. בעוד חלק מדרישות אלו יכולות להיות מוחלטות גם דרך דיני הגנת הצרכן, כאן עשויה מטרת שתי מערכות הדינים לחפוף.²⁹⁹ יתירה מזאת, ייחודיותה של הסמכות למתן הוראות עשויה ליצור יתרונות לשמירת התחרות שלא ניתן להשיגם דרך חוקים אחרים.

לבסוף, ניתן להשתמש בהוראות על מנת למנוע שינוי בתנאי השוק שימנע פגיעה בתחרות או בציבור באופן שהיה קשה לשנותו בדיעבד, גם אם הפעולה לא מפרה את דיני התחרות הקלאסיים, או קיימת אי בהירות אם הפעולה עולה לכדי הפרה כאמור אך ברור כי היא פוגעת באופן משמעותי בתחרות ובציבור. נדגים זאת על ידי הוראות המבקשות להתמודד עם רכישה מופרזת של נתונים או של אלגוריתמים מתחרים (data or algorithmic engorgement). עסקאות מסוג זה יכולות לגרוע מהשוק משאבים שהיו יכולים ליצור תחרות לבעל המונופולין. נניח שעסקאות כאלו לא נאסרו על ידי דיני המיזוגים, בין היתר כיון שהרשות לא הייתה ערה בזמן בחינת המיזוג להשפעת הרכישה על התחרות.³⁰⁰ קוראדי מציג שבמקרים בהם הטכנולוגיה חיונית לקידום תחרות בשוק, ניתן לשקול מתן הוראות בדבר הורדת הגנות קניין רוחני על הטכנולוגיה אם בעל המונופולין לא יעשה שימוש בטכנולוגיה משך זמן מסוים.³⁰¹ דוגמא נוספת נוגעת להוראות המחייבות קביעת סטנדרטים

²⁹⁵ Andrei Hagiu, Tat-How Teh & Julian Wright, *Should platforms be allowed to sell on their own marketplaces?*, 53 (2) THE RAND J. OF ECONOMICS 297 (2022).

²⁹⁶ Stigler Ctr., לעיל ה"ש 22.

²⁹⁷ MANCUR OLSON, THE LOGIC OF COLLECTIVE ACTION: להרחבה על כשלי שוק אלו ראו, למשל, PUBLIC GOODS AND THE THEORY OF GROUPS (1965).

²⁹⁸ Itai Ater & Oren Rigbi, *Price Transparency, Media and Informative Advertising*, 15 AM.

ECON. J.: MICROECONOMICS 1, 2 (2023).

²⁹⁹ Rory Van Loo, *Inflation, Market Failures, and Algorithms*, 96 SOUTHERN CAL. L. REV. 100, 130 (2023).

³⁰⁰ דיני המיזוגים תופסים בגדרם גם עסקאות בנכסים, בהן גוף עסקי רוכש את עיקר נכסיו של גוף עסקי אחר. סעיף 1 לחוק התחרות.

³⁰¹ Marco Corradi, הרצאה בכנס ASCOLA (5 ביולי, 2024).

להעברה של נתונים בשווקים מסויימים, אשר לא יהיו מוטים לטובת הטכנולוגיה של בעלי המונופולין ולא יאפשרו שימוש יעיל בנתונים אשר גישה אליו נדרשת על מנת להתחרות בשוק.³⁰²

דוגמא אחרונה עניינה טיפול באלגוריתמים יוצרים (Generative AI), אשר לא רק יוצרים תוכן אלא גם יוצרים בעיות תחרותיות הנדרשות לטיפול מהיר, בטרם יתקבע מבנה שוק במבנה המגביל תחרות וחדשנות. הפעלת אלגוריתמים אלו נדרשת לכמויות אדירות של נתונים, לכוח מיחשוב רב, ולשמירת נתונים בהיקף עצום בענן. רק חברות מעטות נהנות מתנאים אלו.³⁰³ קיימת חשיבות רבה להבטיח שהתנאים שחברות אלו מתנות לשימוש במשאביהן לא יוצר חסמים גבוהים לתחרות המקבעים מבנה שוק ריכוזי שיהיה קשה מאד לשנותו בדיעבד. מחקרים מראים שמתוך כ-160 חברות אשר לפני שישה חדשים הפעילו אלגוריתמים יוצרים, 48% היו בבעלות ענקיות הטכנולוגיה, אשר להן יש שליטה במרבית המשאבים הנדרשים להפעלת האלגוריתמים היוצרים (למשל, DeepMind שמפתחת את Gemini נרכשה על ידי גוגל), ועם חברות רבות אחרות נחתמו חוזים לשיתופי פעולה עם ענקיות הטכנולוגיה (למשל, בין OpenAI לבין מיקרוסופט נחתם חוזה לפיו הראשונה תשתמש רק בשירותי הענן של מיקרוסופט).³⁰⁴ חלק מהסכמים אלו כוללים הוראות המעניקות לחברות הטכנולוגיה אפשרות להשפיע על כיוון ההתפתחות של חברה, כמו גם לקבל זכות ראשונים לשימוש בטכנולוגיה.³⁰⁵ לאור העובדה שהאלגוריתמים היוצרים מהווים טכנולוגיה מאפשרת, בה ניתן להשתמש בשווקים רבים במקביל על מנת ליצור מוצרים ושירותים חדשים, ולא רק טכנולוגיה המאפשרת הוצאת מידע נוסף הנתונים קיימים, קיים חשש מהתקבעות מבנה שוק ריכוזי בעל השפעה משמעותית על תחומים רבים מחיינו ועל שווקים רבים. הוראות התנהגותיות ומבניות, המקלות באופן מהיר על יזמים לנצל את חלון ההזדמנויות ליצור תחרות בשוק, בטרם יתקבע מבנה השוק, יכולות להקטין את החששות האמורים, גם אם לא להעלימם.

ה. סיכום ומסקנות

אין זה מפתיע שהשימוש באלגוריתמים בעולם העסקי עולה באופן אקספוננציאלי. היתרונות הגלומים בשימוש באלגוריתמים – בעיקר אלו המבוססים על בינה מלאכותית – הם כה מובהקים, עד כי דווקא ההחלטה שלא להשתמש בהם יכולה להפתיע. בהקטינם את ה"חיכוך" הטבעי הכרוך באיסוף, סידור ובניתוח המידע בשווקים, אלגוריתמים מאפשרים

³⁰² ראו, למשל, Michal S. Gal & Daniel L. Rubinfeld, *Data Standardization*, 94 NYU L. REV. 737 (2019).

³⁰³ ראו, למשל, Peter Georg Picht & Anna-Katharina Leitz, *Algorithms and Competition Law - Status and Challenges* (2024), <https://ssrn.com/abstract=4716705>.

³⁰⁴ ראו, למשל, Mark A. Lemley & Matthew Wansley, *Coopting Disruption* (2024), <https://ssrn.com/abstract=4713845>.

³⁰⁵ מבחינה פרוצדורלית, עסקינן בהסדר מסוג מיון משותף. אם הוא פוגעים בצורה משמעותית בתחרות, הצדדים לו נדרשים לקבל את אישור בית הדין בטרם ייכנסו לתוקף. אולם ההליך בפני בית הדין – שאורכו יכול להיות כמה שנים – אינו מתאים לטיפול בשוק המשתנה במהירות ועלול להתייזב על מבנה אנטי-תחרותי תוך זמן קצר. השימוש בהוראות יכול לעזור להתגבר על קושי פרוצדורלי זה, אם ייקבע שפרק ד' גובר על הוראות המיזמים המשותפים בתנאים מסוימים.

לחברות לקבל החלטות מדויקות יותר מאי פעם. כפי שאזרחי וסטוקי טענו, היד הנעלמה של השוק מוחלפת, יותר ויותר, ב"יד הדיגיטלית" של אלגוריתמים.³⁰⁶ אך בעוד שאלגוריתמים יוצרים יתרונות מובהקים למשתמשים בהם, השפעתם על ציבור הצרכנים תלויה בנסיבות השימוש בהם. לא זו אף זאת: אותו שימוש יכול להגביר את התחרות ולהוריד את יוקר המחיה, או להגביל את התחרות ולהעלות את יוקר המחיה, בתלות בתנאי השוק.

אסדרה של אלגוריתמים המבקשת להגדיל רווחת הצרכנים נדרשת, אם כן, להתמודד עם תכונותיהם של אלגוריתמים והשפעתם על דינמיקה השוקית. לשם כך, בחן מאמר זה את הדרכים השונות בהם אלגוריתמים יכולים להשפיע על התחרות בשוק. לאחר מכן נבחנה יכולתם של כלי האכיפה המסורתיים להסדיר את פעולתם. לבסוף, הוצע לעשות שימוש מוגבר בסמכות למתן הוראות. סמכות זו, שיכולה לשמש הן להבהרת איסורי חוק התחרות, הן לעיצוב הסעדים הנדרשים להשבת התחרות על כנה לאחר הפרת האיסורים כאמור, והן על מנת לקדם את התחרות בשוק באופן פרואקטיבי, מהווה כלי גמיש במיוחד, שיכול לתת פתרון לפחות לחלק מההתנהגויות המערבות אלגוריתמים, הפוגעות בתחרות ומייקרות את המחיה.

עם זאת, הסמכות למתן הוראות אינה תרופת פלא. היא אינה תופסת בגדרה, למשל, מצבים בהם מי שנוקט בפעולות היוניטרליות המבקשות ליצור או לחזק כוח שוק יוניטרלי בדרך של הקמת מכשלות מלאכותיות, עדיין אינו בעל מונופולין. בנוסף, יש לה מספר מגבלות הנובעות מאופי הסמכות וממי שמפעיל אותה. יתירה מכן, יש מקרים בהם דרך המלך היא שינוי החוק כך שיכלול כללים מפורשים לגבי ההתנהגות האסורה. אולם גם במקרים אלו, מתן הוראות יכול להוות גשר-ביניים, עד שנגיע לגדה השנייה.

נספח א: הוראות שניתנו על בסיס סעיף 30 לחוק התחרות

שם ההחלטה ותאריך נתינתה	עיקרי ההוראות שניתנו
מונ' (י-ם) 1/93 הממונה על ההגבלים העסקיים נ' חברת דובק בע"מ 17.1.1995	1. עד לביצוע פעילות באמצעות המערך הבלעדי של דובק יעברו ארבעה חודשים, כדי לאפשר התארגנות הולמת של המתחרים. 2. דובק תאפשר ל[שני מתחריה המאד קטנים] (אם זה רצונם של אלה האחרונים או מי מהם) להשתמש במערך ההפצה שיוקם על ידה. דובק תימנע מכל צעד שיש בו, במישרין או בעקיפין, כדי לרמוז למפיצה שיש להצר את רגליהם של אלה. אותו דין יחול על יבואנים חדשים או יצרנים חדשים (אם יהיו כאלה). רק באישור בית הדין תוכל דובק להשתחרר מהוראה זו והנטל עליה ליזום הליך כזה בעתיד, אם הנסיבות ישתנו שינוי מהותי והיא תראה צורך בפנייה כזו. 3. דובק לא תתנה את שיתופם של היבואנים והמשווקים הקיימים או הפוטנציאליים במערך ההפצה זה בשאלה גובה העמלות שיקבלו המפיצים. 4. אנו נותנים תוקף פסק דין להצהרתה של דובק כי לא תפנה למפקח על המחירים בבקשת העלאת מחירים (מעבר להצמדה) כתוצאה מייקור מערך ההפצה, אם אכן יהיה יקור כזה.
מונ' 1/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ, 1997, 9.1.1997	1. לא תסרב תנובה סירוב בלתי סביר לספק מוצר. 2. לא תתנה תנובה את אספקתו של מוצר ברכישת מוצר אחר או באי רכישת מוצר מתחרה. 3. תנובה לא תעניש לקוח ולא תאיים להענישו לרבות ע"י שינוי לרעה של מחיר, אי אספקת מוצר בהתאם להזמנה, פגיעה בעסקו של הלקוח, במוניטין שלו או לקוחותיו בשל רכישת מוצר מתחרה. 4. תנובה לא תפלה לקוח לרעה בשל רכישת מוצר מתחרה, לרבות סטייה מנוהג המקובל אצל תנובה לגבי לקוחות. אין מניעה מתנובה להעניק הנחות שונות בהתאם למו"מ. 5. תנובה לא תבקש ולא תקבל מלקוח התחייבות לרכוש בבלעדיות, או להמנע מרכישת מוצר אחר. גם המונח "בלעדיות" אינו מוזכר, לא תוכל להציע תנובה הטבות או הנחות כדי למנוע מלקוח לקנות מוצר מתחרה. 6. תנובה לא תנקוט בצעדים במטרה לסלק מתחרה, לפגוע ביכולתו להתחרות מול תנובה, או להרתיע אותו מלהתחרות עם תנובה. אם תציע תנובה הנחה או הטבה המותנית בגידול בהיקף הרכישות ממנה - אזי, לצורך הבירור אם המחיר האפקטיבי הינו מתחת לעלות, תיוחס כל ההנחה או ההטבה לכמות הגידול, גם אם היא מוגדרת כהנחה על מלוא היקף הרכישות.

בקשה מבית הדין לתת הוראות אשר יאסרו צירוף המקומונים לעיתון ידיעות אחרונות, כיון שצירוף כאמור מהווה קשירה אסורה.	ה"ע 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ 4.11.1999
1. החברה לא תתנה את אספקת מוצרי החברה (כולם או חלקם), או את תנאי אספקתם, ברכישת סוג משקאות מסוים רק מהחברה. 2. החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק באי הצבת מקרר או מקררים נוספים בתחומי אותו בית עסק, או באי רכישת מוצרים שאינם משווקים על ידי החברה. 3. החברה תקבע מחירון עבור מכירת משקאותיה לחברות המשווקות מוצרי מזון באמצעות מכונות אוטומטיות. החברה תגבה מחירי המחירון מכל החברות העוסקות בשיווק מוצרי מזון באמצעות מכונות אוטומטיות ולא תפלה בין חברות הנמצאות בשליטתה לבין חברות אחרות. 4. החברה לא תתקשר עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הנחות מטרה או הנחות מטרה מצרפיות כאשר יעדי המכירה מתייחסים לתקופה העולה על חודשיים. 5. החברה לא תגיע להסכמות עם לקוחותיה בדבר מחיר המכירה של מוצריה לצרכן הסופי. בפרט, החברה לא תרשום על בקבוקי משקאותיה, או על אריזות הבקבוקים את מחיר המשקה לצרכן. 6. החברה תאמץ תוכנית פנימית שמטרתה הבטחת קיומן של הוראות החוק. במסגרת אותה תכנית ימונה קצין תאום לפיקוח על קיום הוראות החוק.	יפאורה-תבורי 30.3.1998
1. עלית לא תתנה את אספקת או את תנאי האספקה של מוצריה הדומיננטיים בהתחייבות לרכוש סוג מוצרים מסוים ממנה או משטראוס. 2. עלית לא תתקשר עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הסכמות בלעדיות. 3. עלית לא תגיע להסכמות עם לקוחותיה (להבדיל מציון מחיר מומלץ לצרכן) בדבר מחיר המכירה לצרכן של מוצר כלשהו בכפוף לכל דין. 4. עלית תאמץ תוכנית פנימית שמטרתה הבטחת קיומן של הוראות החוק.	עלית בע"מ 20.4.1998
1. שטראוס לא תתנה את אספקת או את תנאי האספקה של מעדני החלב המשווקים על-ידה בהתחייבות לרכוש סוג מוצרים מסוים ממנה או מ"עלית".	שטראוס החזקות בע"מ 20.4.1998

2. שטראוס לא תתקשר עם לקוחותיה בהסדרים הכוללים הסכמות בלעדיות. 3. שטראוס לא תציע ללקוחותיה הנחות והטבות בלתי סבירות, המותנות בגידול בהיקף רכישות מעדני חלב של אותו לקוח או בגידול ברכישות המוצרים הדומיננטיים של עלית של אותו לקוח. 4. שטראוס לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק מסוים בהתחייבות בית העסק שלא להציב בתחומיו מקרר או מקררים נוספים, או בהתחייבותו שלא לרכוש מוצרים שאינם משווקים על ידיה או על- ידי "עלית". 5. שטראוס לא תמכור את מעדני החלב במחיר מתחת לעלות המוצר. אם תציע שטראוס הנחה או הטבה המותנית בגידול בהיקף הרכישות של מעדני חלב ממנה - אזי לצורך הבירור אם המחיר האפקטיבי הינו מתחת לעלות המוצר, תיוחס כל ההנחה או ההטבה לכמות הגידול בלבד, גם אם היא מוגדרת כהנחה על מלוא היקף רכישות מעדני החלב.	
1. החברה לא תתנה התקנת קולחן בהתחייבות בית העסק שלא להתקין בתחומיו קולחנים נוספים או באי רכישת מוצרים המתחרים במוצרי החברה. החברה לא תעניק הנחות או יתרונות אחרים לבית עסק מסוים בגין העדרם של קולחנים, שאינם קשורים, לחברה בתחומי בית העסק. 2. החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק באי הצבת מקרר של חברה אחרת 3. החברה תקבע מחירון עבור מכירת משקאותיה לחברות המשווקות מוצרי מזון באמצעות מכונות אוטומטיות.	טמפו תעשיות בירה בע"מ 10.5.1998
זוהו כמעט לחלוטין להוראות עניין טמפו לעיל.	החברה המרכזית ליצור משקאות קלים בע"מ 10.5.1998
1. איסור הסכמי בלעדיות וקשירה (בדומה לכל ההוראות לעיל). 2. החברה לא תציע ללקוח הנחות והטבות בלתי סבירות המותנות בגידול בהיקף רכישות מוצרי הגלידה של אותו לקוח, או במימוש "פוטנציאל" רכישה של הלקוח, או בהשגת "יעדים" בהיקף רכישות מוצרי הגלידה. 3. החברה לא תתנה הצבת מקרר בבית עסק מסויים. 4. החברה לא תגיע להסכמות עם לקוחותיה (להבדיל מציון מחיר מומלץ לצרכן) בדבר מחיר המכירה לצרכן של מוצר גלידה כלשהו.	גלילות שטראוס 15.5.1998

1. <u>החברות בפדרציה</u>: תהא פתוחה בפני כל יצרן או מפיק שיביע את רצונו להצטרף לפדרציה. הפדרציה לא תפלה בין חברים חדשים לחברים ותיקים. 2. <u>פעולות מותרות</u>: הפדרציה רשאית לפעול בשם חבריה ובשם המיוצגים במאבק המשותף בפיראטיות, ובכלל זה בניהול מגעים עם משרדי ממשלה, גופים פרטיים וציבוריים ובניהול הליכים משפטיים, הן במישור האזרחי והן במישור הפלילי (קובלנות פרטיות), כלפי פיראטים. כל פעולה של הפדרציה בתחום אחר, לרבות בתחום ההרשאה להעברה או להעתקה של יצירות מוגנות באינטרנט שלא במסגרת שידור, אינה כלולה בפעולות המותרות 3. הפדרציה וחבריה לא ימנעו, יגבילו או יתערבו, בכל דרך שהיא, בזכותו של חבר הפדרציה או בזכותו של מיוצג להעניק רשיון השמעה של רשומות קול שהוא שבעלים של זכויות היוצרים בהן, שלא באמצעות הפדרציה. הפדרציה לא תסרב סירוב בלתי סביר להעניק רשיון השמעה למבקש (מפורט בהחלטה). 4. הוראה לנהל מאגר נתונים פתוח "לכל המעוניין" לבדוק האם יצירה שייכת לפדרציה או לא. 5. מתן אפשרות פרישה לחבר בפדרציה. 6. תכנית אכיפה פנימית.	הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות 14.6.2001
1. תאפשר סליקה מקומית של כרטיסי אשראי מסוג MasterCard ו- ישראלכרט על ידי סולקים נוספים 2. ישראלכרט תעניק רשיון לסליקה של כרטיסי חיוב מסוג ישראלכרט לחברות כרטיסי אשראי אחרות הפועלות בישראל. 3. הסליקה המקומית של כרטיסי ישראלכרט MasterCard- כמו גם של כרטיסים הנסלקים בידי חברות כרטיסי אשראי אחרות אשר יאפשרו לישראלכרט את סליקתם מתוקף הסכם הסליקה, תתבצע על בסיס הממשק המשותף. 4. ישראלכרט תנקוט בכל האמצעים הדרושים בכדי להשמיש את הממשק המשותף כך שתתאפשר, תוך תשעים יום ממתן הוראות אלה, סליקה הדדית של עסקאות בין ישראלכרט לבין חברות הויזה בכרטיסי ישראלכרט.	ישראלכארט בע"מ 9.8.2005
1. החברות באקו"ם תהא פתוחה בפני כל יוצר שהוא אזרח או תושב 2. אקו"ם ו/או חבריה לא ימנעו, לא יגבילו ולא יתערבו בזכותו של חבר אקו"ם לממש את מנגנון ההעברה החלקית ו/או את מנגנון החרגת הזכויות ו/או את מנגנון הרשיון להתקשרויות פרטניות והכל בין אם ברצונו של החבר לנהל את זכויותיו לבדו, ובין אם ברצונו לנהל את זכויותיו באמצעות אדם אחר וכו'.	אקו"ם 4.12.2005

3. אקו"ם תהא רשאית לנקוט בהליכים משפטיים כנגד משתמשים על פי המתווה הקבוע דלהלן ולפיו בלבד. 4. אקו"ם תקים ותנהל בסיס נתונים. בסיס הנתונים יפורסם במלואו באתר האינטרנט של אקו"ם. אקו"ם תדאג לעדכן את בסיס הנתונים לפחות אחת לחודש. אדם המעוניין בכך, יוכל לעיין בבסיס הנתונים באמצעות אתר האינטרנט של אקו"ם. 5. איסור אפליה	
1. נשר תקיים את התחייבותה לחתום על הסכם מכר. ולא- 2. נשר תפרסם מחירון ובו יפורטו כל סוגי המלט הנמכרים על ידה והמחיר הקובע לכל סוג מלט. שיעור ההנחה המירבי יוגבל ל-4% ממחיר המלט.	נשר מפעלי מלט ישראליים 30.10.14

נספח ב: הוראות שניתנו או טיוטות הוראות שניתנו על בסיס סעיף 31א לחוק התחרות

ההחלטה ותאריך נתינתה	עיקרי ההוראות שניתנו
חברת נמל חיפה בע"מ 27.11.2013	1. חברת הנמל לא תיתן שירותי נמל בנמל המפרץ או בנמל הדרום. 2. חברת הנמל לא תפעיל נמל ולא תיתן שירותי נמל שאינם מופעלים על ידה כיום, אלא אם ניתן לכך אישור מראש ובכתב מאת הממונה. 3. חברת הנמל, בין בעצמה ובין באמצעות אחרים, לא תנקוט בכל פעולה שיש בה כדי לסכל, להפריע, או להקשות על כניסתו לשוק או פעילותו של מפעיל חדש, שלא בדרך של תחרות לגופו של עניין (On the merits).
שוק תחליפי החלב 27.2.2014 (חלק מההוראות בטיטות ההוראות שהוציא הממונה הפכו לבסוף לצו מוסכם)	1. ייאסר על כל חברה מהחברות לשווק את מוצריה ליותר מ-70% מכלל בתי החולים המספקים שירותי ילודה על מנת לוודא שקיימת כניסה לשוק זה דרך ה-30% הנותרים. 2. ייאסרו חוזי בלעדיות בין החברות לבתי החולים בהספקת תחליפי חלב 3. תינתן אפשרות בחירה להורים בין לפחות שני סוגי תחליפי חלב 4. תיאסר עריכת חוזים להספקת תחליפי חלב בין החברות לבתי החולים שמשך תוקפם יעלה על שנתיים 5. חברת תחליפי חלב תוכל לשלם לבית חולים עבור הזכות לספק לו תחליפי חלב בתנאי רק שבית החולים מאפשר לכל לספק החברות לו תחליפי חלב בתנאים שוויוניים.
שוק פריקת המטענים בנתב"ג 77.8.2013 (טיוטת הוראות)	המשלחים ישלמו לחברות התעופה תשלום כולל עבור ההובלה והפריקה, וכך חברות התעופה תתורצנה להתמקח עם חברות הפריקה לשם הורדת המכיר.