



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין חברי וועדת המדרוג למדידת שיעורי הגלישה באינטרנט

1. פתח דבר

ביום 10 בפברואר 2013 הונחה בפני בקשה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), למתן פטור מן החובה לקבל אישור מאת בית הדין להגבלים עסקיים להסדר כובל בין חברי וועדת המדרוג למדידת שיעורי הגלישה באינטרנט (להלן: "הוועדה") שעניינו כוונת הוועדה לגבש ולהפיץ בין חבריה מסמך שכותרתו "המלצות לסטנדרטיזציה של הפרסום באינטרנט בישראל" (להלן: "מסמך ההמלצות").

לאחר שבחנתי את ההסדר, כמו גם את השפעתו האפשרית על התחרות בשווקים הרלוונטיים, שוכנעתי כי לא מתקיימים בו היסודות הקבועים בסעיף 14 לחוק לשם מתן פטור מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים. ההסדר שבמסמך ההמלצות קובע כללי אחידות בפרסום באינטרנט שתוצאתם, בין היתר, הגבלת כמות הפרסומות, גודלן ותצורתן, באופן היוצר הלכה למעשה תיאום בין מתחרים לענין כמותם ואיכותם של מוצרי הפרסום באינטרנט וכן מקל על תיאום בין מתחרים ביחס למאפיינים אחרים של מוצרים אלו. לפיכך מצאתי כי ההסדר עלול להגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק המושפע מן ההסדר והוא מעורר חששות לפגיעה של ממש בתחרות בשוק הרלבנטי.

2. ההסדר והצדדים לו

הוועדה הינה עמותה שהוקמה בשנת 2010 לצורך ייסוד מנגנון מוסכם למדידת שיעורי צריכה ופעילות של אתרי האינטרנט בישראל, לרבות מחקר, הערכה וקביעה של שיעורי גלישה באתרי אינטרנט, וזאת במטרה ליצור מידע שיוכל לייעל את השימוש באינטרנט ככלי פרסום. על חברי הוועדה נמנים משרדי פרסום ואתרי אינטרנט ובהתאם לתקנון הוועדה, גם גורמים מפרסמים וכן משרדי מדיה וגופי בקרת מדיה זכאים להצטרף כחברים לוועדה.

בפעילות הוועדה לשם מדידת שיעורי צריכה ופעילות באינטרנט יש משום שיתוף פעולה בין מתחרים המהווה הסדר כובל. הסדר זה זכה לפטור מאת הממונה על פי סעיף 14 לחוק (תיק 7934, להלן: "החלטת הפטור בענין פעילות הוועדה").¹

¹ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין חברי וועדת מדרוג לסקרי שיעורי גלישה באינטרנט, הגבלים עסקיים 5001622 (13.6.2010).

עניינה של הבקשה דנא במסמך ההמלצות שגובש על ידי הוועדה ואשר היא מבקשת להפיצו בין חבריה. ההמלצות עוסקות, בין היתר, בהגבלת כמותן, גודלן ותצורתן של מודעות הפרסומות באתרי האינטרנט. כך למשל, ההמלצות כוללות הגבלות על מספר המודעות בדף גלילה, הגבלת שימוש במודעת פרסום מסוג "פופ אנדר" (דף אינטרנט המופיע מתחת לדף שנבחר על ידי הגולש באינטרנט), הגבלת גודל ומספר התווים במודעת פרסום, הגבלת שימוש בטכנולוגיית "פלאש" לצרכי פרסום ועוד. בנוסף, ההמלצות מבקשות למנוע כליל את השימוש במודעות פרסום מסוגים מסויימים כגון מודעות "פופ אפ" (דף אינטרנט המכסה על הדף שנבחר על ידי הגולש באינטרנט). ההמלצות מתייחסות גם לפרסום בתכני וידאו באינטרנט ובעניין זה נקבעו, בין השאר, מגבלות על משכן של מודעות הפרסום, מרווחי זמן מינימאליים בין פרסומות ואיסור על שילוב פרסומות באמצעו של תוכן וידאו קצר מן הרף שנקבע. כמו כן, עוסקות ההמלצות בקביעת שיטת תמחור אחידה של מודעות הפרסום באינטרנט בהתאם לשיעור החשיפה לפרסום ובקביעת מינוח אחיד לתיאור כלי פרסום שונים.

3. השפעת הכבילות על התחרות

בחינת ההסדר מעלה כי הוא עלול להגביל את התחרות בחלק ניכר של השוק ואף עלול לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק ולפיכך הוא אינו עומד בדרישות סעיף 14 לחוק.

המלצה בפני כלל אתרי האינטרנט החברים בוועדה על הגבלת כמותן של הפרסומות המופיעות בהם, גודלן, תצורתן של פרסומות אלו, ומגבלות דומות הכלולות במסמך ההמלצות, משמעותה יצירת תיאום בפועל בין אתרי האינטרנט בנוגע לכמות, איכות ומגוון אמצעי הפרסום שיוצעו על ידי אתרי האינטרנט. המלצות אלו נוגעות לנושאים העומדים בליבה של התחרות בתחום הפרסום באינטרנט.

לא בכדי קבע המחוקק בסעיף 2(ב)(4) לחוק חזקה חלוטה לפיה הסדר שעניינו "כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם" מהווה הסדר כובל. הפגיעה התחרותית הטמונה במגבלות מסוג זה על התחרות אינה מוטלת בספק.² התוצאה המסתברת של הגבלה מתואמת על כמות ומגוון המוצרים הקיימים בשוק עשויה להיות, בסבירות גבוהה, עליית מחיריהם של מוצרי הפרסום ופגיעה באיכותם.³

יתר על כן, בטשטוש הקווים המבדילים בין אמצעי הפרסום המוצעים על ידי אתרי האינטרנט יש כדי להקל על תיאום ביניהם לענין מאפיינים אחרים של המוצר הפרסומי, לרבות תיאום מחירים. יצירת אחידות בשוק מקלה על גיבושו ואכיפתו של תיאום כאמור.⁴ בכך טמונה פגיעה בתחרות

² ראו: הצעת חוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ד-1983, ה"ח 1647, 41, 42; דני"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, 97-98 (2001). השוו: דיויד גילה, "האם ראוי לפרוץ את סכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות אד-הוק? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים", עיוני משפט כז (תשס"ד) 778, 751.

³ ראו: מיכל גל, אמיר ישראלי ומנחם פרלמן, "הסדרים כובלים – יסודות האיסור", ניתוח משפטי וכלכלי של דיני ההגבלים העסקיים (עורכים: מיכל גל ומנחם פרלמן) (להלן: "גל, ישראלי ופרלמן"), 308.

⁴ שם.

החופשית בתחום הפרסום באינטרנט. גם ההמלצות על שיטת תמחור ומינוח אחידים תורמות ליצירת כר נוח לתיאום בין מתחרים באופן שאינו עולה בקנה אחד עם עקרונות התחרות. בהינתן כי הכבילות שבהסדר עלולות להגביל את התחרות בחלק ניכר מן השוק הרלוונטי, מסמך סעיף 14(א)(1) לחוק ההגבלים את הממונה לפטור את ההסדר הכובל אם שוכנע כי "אין בהסדר לפגוע פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור". לא מצאתי כי דרישה זו מתקיימת במקרה שכאן והוועדה אף לא הניחה בפני יסודות לסבור כך. יתרה מזו, כאשר עצם גיבושו של ההסדר שבפניי, כפי שיבואר עוד להלן, מהווה חריגה מן הפעילות שהותרה לוועדה בגדרי החלטת הפטור בענין פעילות הוועדה, מתעורר חשש קונקרטי מפני חריגה עתידית נוספת של חברי הוועדה מתחומי העיסוק שהותרו להם לטובת יצירת הסדרי תיאום אסורים נוספים. ההסדר שכאן עשוי איפוא להקל על תיאום עתידי שכזה.

ודוק, הכתרת המסמך בכותרת "המלצות", באופן המרמז לכאורה על היותו בלתי מחייב, אינה מעלה או מורידה מבחינת דיני ההגבלים העסקיים. בבחינת השפעת הפצתו של מסמך פלוני בין מתחרים בראי האיסור על עריכת הסדר כובל הקבוע בסעיף 2 לחוק, אין לכותרתו או להגדרתו הערכית של אותו מסמך כל חשיבות. השאלה היחידה הדורשת מענה היא מהי מידת ההשפעה המסתברת על התחרות עקב הפצת המסמך בין המתחרים.⁵ הפצת מסמך ההמלצות בין חברי הוועדה מייצרת ציפיה בקרב חברי הוועדה בדבר אימוץ אופן פעולה דומה על ידי מתחריהם, ופותרת להם את בעיית הקואורדינאציה העומדת בדרכם של מתחרים החפצים לתאם את פעילותם תוך פגיעה בתחרות ביניהם, ועל כן היא בגדר הסדר העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, כאמור בסעיף 2 לחוק.

רלבנטי לענייננו גם סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים המורה כי די בהמלצה של איגוד עסקי לחבריו או לחלקם על קו פעולה העלול להפחית את התחרות ביניהם, כדי להקים הסדר כובל. ואכן, גם הוועדה, לאחר שהתרעתי על כך בפניה, מצאה להגיש בגין מסמך ההמלצות בקשה למתן פטור מהצורך בקבלת אישור בית הדין לעריכתו.

הוועדה טענה בפניי כי מסמך ההמלצות נועד לייצר סטנדרטיזציה וכללים מנחים שמטרתם להקל ולשפר את חווית הגלישה ברשת האינטרנט וכן ליעל ולשכלל את התחרות בתחום הפרסום באינטרנט.

יובהר, כי דיני ההגבלים העסקיים חלים גם על קביעה משותפת של סטנדרטים על ידי מתחרים. קביעת סטנדרט עשויה להיות אסורה על פי דיני ההגבלים העסקיים, בין היתר, כאשר היא נועדה ליצור תיאום בין מתחרים הפוגע בתחרות או ליצור תנאים נוחים לתיאום בין מתחרים על דרך

⁵ ראו: דיויד גילה, "האם המלצה על מחיר היא הגבל עסקי, ומדוע?" עיוני משפט לג תש"ע 101, 110-103; גל, ישראל ופרלמן, לעיל, בעמ' 211; ת"פ (מחוזי י-ם) 1274/00 מדינת ישראל נ' מודגל בע"מ, פסי' 29-28 לפסק הדין, פורסם בנבו (22.3.10); הי"ע 465/96 דטה קאר נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם בנבו (30.5.96); ערר 2/89 מועצת המובילים בישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים, פסי' 4 לפסק הדין, פורסם בנבו (18.9.91); החלטה בדבר אי-מתן פטור מאישור הסדר כובל להסדר בין: ההסתדרות לרפואת שיניים בישראל (ע.ר.), הר"ש ייזום וניהול פרויקטים בע"מ ורופאי השיניים החברים בהסתדרות, הגבלים עסקיים 5001752 (28.2.2011); החלטה על מתן פטור לאגוד חברות הביטוח מאישור בית הדין להסדר כובל, הגבלים עסקיים 3001359 (23.6.1996).

של העלמת בידול בין המוצרים.⁶ יחד עם זאת, ייתכנו מקרים בהם קביעת כללי סטנדרטיזציה תהא ראויה לפטור מאת הממונה. כך למשל, כאשר הסטנדרט נדרש לשם יצירת התאמה בין מוצרים משלימים המיוצרים על ידי יצרנים שונים ובכך לעודד ולתמרץ את התחרות.

לא מצאתי כי בתחום הפרסום באינטרנט קיימות נסיבות המצדיקות קביעת סטנדרט שיש בו כדי להגביל את כמות מוצרי הפרסום המוצעים ומאפייניהם, כפי שנעשה במסמך ההמלצות. המדובר בתחום בו פועלים צרכנים מתוחכמים, משרדי פרסום ומפרסמים, אשר בידיהם כלים לביצוע השוואה נכונה בין המוצרים בשוק ללא צורך בהאחדת מאפייני המוצרים ואופן תמחורם.

בכל הנוגע לטענה בדבר שיפור חוויית הגלישה באינטרנט, הגם שטיעון זה אינו משליך על תוצאות הניתוח התחרותי, אציין כי ניתן להניח כי ככל שיש במסמך ההמלצות כדי להביא לשיפור שכזה, נטייתם הטבעית של אתרי האינטרנט תהא לאמץ נורמות התנהגות דומות - וזאת באופן עצמאי וללא תיאום זה עם זה - במטרה להתחרות על ליבם של גולשי האינטרנט. נוכח האמור, לא השתכנעתי כי קיימת הצדקה להגבלת התחרות בתחום הפרסום באינטרנט בדרך של האחדה וסטנדרטיזציה.

בהחלטת הפטור בענין פעילות הוועדה עמד הממונה על החשש כי בפעילותה של הוועדה, בהיותה שיתוף פעולה בין מתחרים, יהיה כדי לפגוע בתחרות בין חבריה. בפרט עמד הממונה על החשש שמא ישתמשו חברי הוועדה בפלטפורמה של וועדת המדרוג לשם העברת מידע, שיתוף פעולה או תיאום אסור בתחומים החורגים מפעילות הוועדה. לפעילות הוועדה ניתן פטור, מן הנימוקים שפורטו שם, בכפוף לצמצום הסיכוי לפגיעה בתחרות, בין היתר, בדרך של הגבלת פעילות הוועדה למטרות שנכללו בתקנון הוועדה. החלטה זו ניתנה על יסוד תקנון הוועדה שהוצג בפני הממונה קודם למתן החלטתו ואשר אף שונה על פי בקשת נציגי הממונה. הממונה ראה תשיבות מיוחדת בתחית גבולותיו של הפטור להסדר כפי שעלה מתקנון הוועדה ועל כן ציין במפורש כי כל שינוי בתקנון בעניינים להם נדרשו נציגי הממונה בהליך בדיקת הבקשה או בעניינים אחרים בעלי השלכות תחרותיות אינו חוסה תחת הפטור שניתן.

בתקנון הוועדה הוגדרו המטרות לשמן תהא הוועדה רשאית לפעול. הפעולות שזכרו בתקנון הוועדה, ואלו בלבד, הן שהותרו לוועדה בגדרי החלטת הפטור בענין פעילותה. בתקנון הוועדה נקבע כי הוועדה תפעל למדידת "צריכה של אתר אינטרנט באמצעות ספק שירות מדידה באופן יעיל, מדויק, אמין ואובייקטיבי" ובמסגרת זו תוכל הוועדה לבצע פעולות מדידה ודירוג שונות. כמו כן, נקבע כי הוועדה תוכל לבצע מחקרים על גבי האינטרנט או ביחס אליו, לספק מידע בדבר נתוני מדידה והרגלי גלישה באינטרנט ולפעול לקידום הידע והמחקר בתחום מדידת הגלישה באינטרנט.

הפצת מסמך ההמלצות תהווה חריגה מן המטרות לשמן הוקמה הוועדה כאמור בתקנונה. גיבושם של כללי אחידות בפרסום באינטרנט אינה נוגעת למדידת שיעורי גלישה באינטרנט ובניגוד להצהרות הוועדה בפני, גם אין בה משום מחקר ביחס לאינטרנט, כאמור בתקנון הוועדה.

⁶ ראו: Phillip E. Areeda, Herbert Hovenkamp, John L. Solow, Antitrust Law: An Analysis of Antitrust Principles and Their Application, (3d ed. 2007) Vol XIII, § 2136

הבקשה שבפני מלמדת לכאורה על התגשמות החששות שראה הממונה לנגד עיניו בעת מתן החלטת הפטור בענין פעילות הוועדה, ביחס לזליגת שיתוף הפעולה בין חברי הוועדה לתחומים אסורים אשר טמון בהם פוטנציאל ממשי לפגיעה בתחרות ועל כן לא ניתן להיעתר לה.

4. סוף דבר

לאחר שבתנתי את ההסדר, הגעתי לכלל מסקנה כי ההסדר שלפני אינו עומד באמות המידה הקבועות בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ועל כן אין ההסדר ראוי לפטור.

פרופ' דניאל גיכה

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ה' באלול תשע"ג

11 באוגוסט 2013