

מה בין הגבלים להגנת הפרטיות ?

עו"ד גולן קנטי, שותף

ראש תחום ההגבלים העסקיים
נשיץ, ברנדס, אמיר ושות', עורכי דין

הקדמה

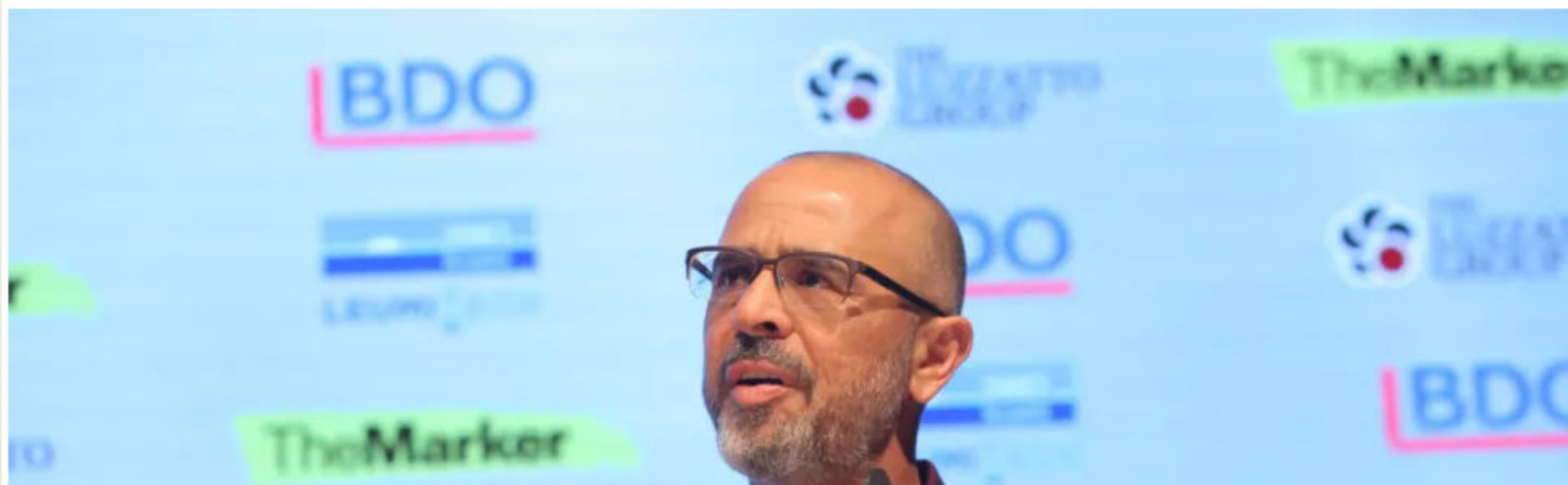
כתבה ב- TheMarker

פרטנר בוחנת רכישת לאומי קארד או ישראלכרט; הגיעה ל-77 אלף לקוחות בטלוויזיה

פרטנר סיימה את הרבעון הראשון ב-2018 עם הכנסות של 826 מיליון שקל, עלייה של 3% לעומת הרבעון המקביל ב-2017. עם זאת, ההכנסה מלקוח סלולר ירדה ב-5% ל-58 שקל

שמור 11 90

נתי טוקר, מיכאל רוכורגר |
10:05 31.05.2018



תוכן עניינים

- מבוא - הגנת הפרטיות
- הגנת הפרטיות משפיעה על התחרות
- ההחלטה בעניין Facebook
- החלטות קודמות דומות
- מניצול מעמד – להסדרת מיזוגים והסדרים כובלים

מבוא להגנת הפרטיות

מטרות האסדרה בנוגע להגנת הפרטיות –

1. זכותו של אדם לפרטיות (בפרט ביחס לעניינים אישיים)
2. זכותו של אדם לשלוט במידע אודותיו;
3. זכותו של אדם למנוע איסוף או שימוש במידע אודותיו;
4. חובה לשמור על מידע.

מבוא להגנת הפרטיות

מגמות והתפתחויות שאנו רואים לאחרונה בתחום –

1. **תקנות הפרטיות (אבטחת מידע) 2017 – מסדירות סטנדרט אחיד ומינימלי לאבטחת מידע (ישנה התאמה בין רמת האבטחה לבין היקף ורגישות המידע ומספר המשתמשים);**

2. **ה"ח (תיקון 13 – סמכויות אכיפה) – הרשם יהפוך ל"ממונה"; תינתן לו סמכות לחקור ולהטיל עיצומים עד לסך של 3.2 מ' ₪; לממונה סמכות להוציא צו אבטחת מידע**

מבוא להגנת הפרטיות

GDPR – אסדרה אירופית (2016 / תוקף מאי 2018)

- תחולה אקסטריטוריאלית – כל מי שמעבד מידע אודות אדם מן הטריטוריה של האיחוד האירופי וכל מי שמנתר מידע של תושבי האיחוד.
- אי ציות עלול לגרור קנס חמור (עד 4% מהמחזור השנתי או 20 מיליון אירו).

■ הרגולציה דורשת:

- דגש על הסכמה ספציפית;
- זכות לשקיפות על המידע שנאסף;
- זכות למחוק מידע;
- זכות להתנגד לעיבוד;
- מינימליסטיות – איסוף רק בהתקיים צורך אמתי וקשר לשירות;
- ניהול ההסכמות.

תוכן עניינים

- מבוא - הגנת הפרטיות
- הגנת הפרטיות משפיעה על התחרות
- ההחלטה בעניין Facebook
- החלטות קודמות דומות
- מניצול מעמד – להסדרת מיזוגים והסדרים כובלים

הגנת הפרטיות משפיעה על התחרות

■ הרגולציה יוצרת **חסמי כניסה**

- עלויות עמידה בדרישות הרגולציה (דרישות שאינן דיפרנציאליות);
 - הקושי של מתחרה חדש לקבל הסכמות לאיסוף מידע;
 - היקף השירות שמצדיק את היקף המידע שנאסף;
 - היכולת לצבור מסה קריטית (Big Data) שמאפשרת עיבוד והצלבת מידע ושימוש מסחרי במידע.
 - יעילות ניהול ועיבוד המידע – מאפשרת הגברת גיוס לקוחות ומידע (כדור שלג)
- ## ■ ההשפעה של Big Data על התחרות

תוכן עניינים

- מבוא - הגנת הפרטיות
- הגנת הפרטיות משפיעה על התחרות
- ההחלטה בעניין Facebook
- החלטות קודמות דומות
- מניצול מעמד – להסדרת מיזוגים והסדרים כובלים

החלטת הנציבות הגרמנית בעניין Facebook

ממצאי הבדיקה (11/2017):

- התקנון חייב את משתמשי פייסבוק להסכים לכך שפייסבוק תאסוף מידע פרטי ותעשה בו שימוש לצורך שיווק פרסומות.

- ההסכמה לאיסוף המידע נגעה גם :

 - למידע שנאסף בפייסבוק

 - למידע שנאסף בחברות הקשורות (WhatsApp ו- Instagram)

 - למידע שנאסף מצדדים שלישיים שהוסיפו בהם תוסף של פייסבוק (כמו – "לייק" או "התחברות לפייסבוק" או "פייסבוק אנליטיקס)

החלטת הנציבות הגרמנית בעניין Facebook

– ההחלטה (בכפוף לשימוע) –

פייסבוק ניצלה את מעמדה הדומיננטי לרעה כאשר היא דרשה הסכמה לאיסוף מידע מחברות קשורות וצדדים שלישיים.

– ההחלטה מתייחסת לניצול (Exploitive business terms).

– ניצול כלפי המשתמשים – בגלל כוח השוק שלה למשתמשים אין אפשרות למנוע שימוש במידע (locking-in).

– השפעה על כוח שוק כלפי המפרסמים – כוח שוק כלפי המשתמשים (locking-in) יוצר Big Data שמשפיע על התחרות כלפי המפרסמים.

החלטת הנציבות הגרמנית בעניין Facebook

הנימוקים –

– שוק הרשתות החברתיות הוא שוק המבוסס על איסוף מידע פרטי. יכולת איסוף המידע בשוק היא קריטית בהשפעה על כוח השוק של החברה.

– לכן אופן איסוף המידע משפיע גם על יכולתה התחרותית של החברה.

– דיני הגבלים צריכים לכן לבחון את אופן איסוף המידע על ידי חברה דומיננטית (לוודא שהם חוקיים ושאינם Abusive).

– המיקוד בבחינה הוא לא לעצם איסוף המידע בתוך האפליקציה אלא לאיסוף מידע מחוץ לאפליקציה עצמה מידי צדדים שלישיים.

החלטת הנציבות הגרמנית בעניין Facebook

משמעות –

– בשוק המבוסס על איסוף מידע פרטי.

– **אופן** איסוף המידע **משפיע על יכולתה התחרותית של החברה.**

לכן, כעקרון, בחינה תחרותית של **אופן** איסוף המידע אינה מוגבלת לבחינת ניצול מעמד לרעה אלא היא יכולה להיערך גם במסגרת בחינת הסדרים כובלים ומיזוגים.

תוכן עניינים

- מבוא - הגנת הפרטיות
- הגנת הפרטיות משפיעה על התחרות
- ההחלטה בעניין Facebook
- החלטות קודמות דומות
- מניצול מעמד – להסדרת מיזוגים והסדרים כובלים

החלטת הנציבות הצרפתית בעניין GDF Sues

הממצאים (2014) –

- GDF היתה ספק הגז הממשלתי לבתים ולעסקים. מכרה שנים במחיר מפוקח.
- החל משנת 2000 היה רצף של רפורמות בתחום הגז הטבעי והחשמל בצרפת. הוביל למכירה במחיר תחרותי במקביל ללקוחות שהמשיכו לקנות במחיר מפוקח.
- 2014 התלוננה Direct Energy ש-GDF מנצלת את כוחה – בין היתר, בגלל שהיא עושה שימוש במאגר המידע שלה על לקוחות שרכשו במחיר מפוקח לצורך מכירה תחרותית.
- המאגר כלל מידע על לקוחות (זהות/קשר), תנאי האספקה, דרישות מיוחדות

החלטת הנציבות הצרפתית בעניין GDF Sues

- הרשות מצאה שהמאגר על לקוחות שרכשו במחיר מפוקח נתן ל-GDF יתרון תחרותי משמעותי.
 - המאגר נוצר כתוצאה ממכירה במחיר מפוקח (מונופול ממשלתי). ועשו במידע שימוש כדי להציע ללקוחות חבילות תחרותיות של חשמל + גז.
- הרשות מצאה ששימוש במאגר שנאסף בזמן החברה היתה מונופול ממשלתי כדי להציע חבילות תחרותיות מהווה ניצול מעמד לרעה (מינימליסטיות).
- הרשות הורתה שהמאגר יועמד לרשותם של כל ספקי הגז המתחרים – כאשר ללקוחות פרטיים תהיה אפשרות בתוך 30 יום להוציא עצמם מן המאגר.

החלטת הנציבות הבלגית בעניין Belgian National Lottery

הממצאים (2015) –

- National Lottery היא היחידה המורשית לשווק הגרלות לוטו בבלגיה.
- בשונה משוק הגרלות הלוטו, שוק הגרלות הספורט היה מוסדר אבל פתוח לתחרות.
- NL נכנסה לתחרות בשוק הגרלות הספורט עם המוצר "Scoore!"
- במסגרת ההשקה NL שלחה הודעות לכל לקוחותיה שבמאגר
- בסמוך להשקה NL פנתה לכל המשווקים ודרשה מידע על כוונות של מתחרים ומחירים צפויים. הקל לצפות מה יעשו המתחרים.

החלטת הנציבות הבלגית בעניין Belgian National Lottery

ההחלטה (22.9.15) –

- המאגר מידע נוצר במסגרת המעמד המונופוליסטי של NL בהגרלות לוטו – ולא אגב תחרות על ליבם של הלקוחות.
- המאגר הוא נכס ייחודי שהמתחרים אינם יכולים לשכפל באופן סביר כלכלית או בזמן קצר.
- לכן, שימוש במאגר שנוצר לצורך הגרלות הלוטו לצורך תחרות בשוק הגרלות הספורט (שיווק "Scoore!") מהווה ניצול מעמד לרעה.

תוכן עניינים

- מבוא - הגנת הפרטיות
- הגנת הפרטיות משפיעה על התחרות
- ההחלטה בעניין Facebook
- החלטות קודמות דומות
- מניצול מעמד – להסדרת מיזוגים והסדרים כובלים

בחינת מיזוגים

בשוק שהתחרות בו מבוססת על איסוף מידע פרטי.

- **אופקי** : מיזוג יכול לעורר חשש תחרותי מצירופם של מאגרי מידע.
- **אנכי** : מיזוג יכול להגדיל את האפשרות או המוטיבציה של פירמה להגביל מתחרה מלקבל גישה למאגר מידע.

אבל בנוסף - בהנחה שאופן איסוף המידע משפיע על יכולתה התחרותית של החברה.

- מיזוג יכול להקל על פירמה לקבל הסכמה (locking-in);
- מיזוג יכול להגביר את מוטיבציית איסוף/עיבוד המידע (קשר לשירות)
- מיזוג Facebook-WhatsApp (קנס של 110 מ' אירו על דיווח כוזב)
- מיזוג יכול להקשות על מניעת עיבוד המידע;

בחינת מיזוגים

סעיף 21 לחוק – "ממונה יתנגד למיזוג ... אם לדעתו קיים חשש סביר כי כתוצאה מן המיזוג ... תיפגע באופן משמעותי **התחרות** באותו ענף **או ייפגע הציבור** באחת מאלה: **...מחירים ...איכות ... כמות...**"

בשוק דו-צידי שהמשתמש מקבל שירות "חינם" כנגד איסוף המידע :

(1) **המידע הוא המחיר** שמשלמים הצרכנים כנגד שירות ה-"חינם" ;

מיזוג שמחליש את ההסכמה או פוגע במינימליסטיות האיסוף **עלול להיחשב כמיזוג שמוביל לעליית המחיר.**

(2) שמירה על הפרטיות היא פרמטר "**איכות השירות**".

מיזוג שמחליש את ההסכמה או פוגע במינימליסטיות האיסוף, **עלול להיחשב כמיזוג שפוגע בתחרות.**

מיזוג Facebook – WhatsApp

2014 אישרה הנציבות את המיזוג.

■ **מיזוג אופקי** – לפייסבוק (מסנג'ר) כמו לפייסבוק הציעו אפליקציות להעברת הודעות. לשתיהן היה **מאגר גדול**: פייסבוק 1.3 מיליארד; ווטסאפ 600 מיליון).

■ פייסבוק אספה מידע לקוחות כדי למקד את שירות הפרסומות ברשת החברתית. **וטסאפ לא אספה מידע שרלוונטי למיקוד פרסומות.**

■ **מדיניות הפרטיות של ווטאפ הייתה מחמירה משל פייסבוק והיא פרסמה שהמיזוג לא ישנה זאת.**

■ **פייסבוק הבהירה שטכנולוגית אינה יכולה לזהות בין משתמשי ווטסאפ למשתמשי פייסבוק כדי לעשות שימוש במידע לצורך הפרסומות.**

מיזוג Facebook – WhatsApp

הנציבות בחנה האם גם בהנחה שבעתיד תאסוף פייסבוק מידע גם ממשתמשי ווטסאפ (עבור מיקוד הפרסומות שלהם ברשת החברתית) יהיה בכך כדי לפגוע בתחרות עם אפליקציות הודעות אחרות?

- מצאה שהמתחרים יוכלו להשיג את המידע בעצמם או באמצעות ברוקרים של מידע. ולכן לא מעורר חשש לפגיעה בתחרות;
- לא סביר שפייסבוק תעשה שימוש במידע לקוחות ווטסאפ כי חלק משמעותי מהמשתמשים יעבור לאפליקציות מתחרות.

2017 – הנציבות מטילה עיצומים בסך 110 מיליון אירו על פייסבוק משום שהטעתה אותה. כבר ב-2014 ידעו בפייסבוק לאחד את המידע מהאפליקציות.

מיזוג Facebook – WhatsApp

הנציבות לא בחנה האם המיזוג יגביר חשש לפגיעה בפרטיות והאם המיזוג ישנה את אופן איסוף המידע וקראה לבחינה נפרדת של רשות הגנת הפרטיות.

מתוך החלטת בין המשפט ב-2006 (Case C-238/05 – Asnef-Equifax)
"any possible issues relating to the sensitivity of personal data are not, as such, a matter for competition law, they may be resolved on the basis of the relevant provisions governing data protection"

ה-FTC שאישרה במקביל את המיזוג, שלחה מכתב לחברות והזהירה שימשיכו לשמור את ההבטחות שנתנו למשתמשים על שימור תנאי הפרטיות המחמירים של ווטסאפ

ניצול מעמד לרעה

בשוק שהתחרות בו מבוססת על איסוף מידע פרטי.

- סירוב בלתי סביר לספק גישה למאגר מידע;
- אפליה במתן גישה למאגר מידע באופן שיוצר נחיתות תחרותית;
- קשירה בין מתן גישה למאגר מידע או לעיבודיו לבין לקבלת מידע

בהנחה שאופן איסוף המידע משפיע על יכולתה התחרותית של החברה.

- איסוף פסול (חיוב צד שלישי) הוא ניצול (Facebook);
- החלשת ההסכמה עלולה להיות ניצול ;
- פגיעה במינימליסטיות – הגברת איסוף/עיבוד המידע עלולה להיות ניצול (ללא קשר לשירות)

הסדרים כובלים

בשוק שהתחרות בו מבוססת על איסוף מידע פרטי.

בהנחה שאופן איסוף המידע משפיע על יכולתה התחרותית של החברה. עלולה לעלות כדי הסדר כובל גם –

- הסדר עם צד שלישי המשתף מידע תוך החלשת ההסכמה;

- הסדר עם צד שלישי המשתף מידע תוך פגיעה במינימליסטיות ;

תודה על ההקשבה !

עו"ד גולן קנטי, שותף
ראש תחום ההגבלים העסקיים
נשיץ, ברנדס, אמיר ושות', עורכי דין

למידע נוסף אנא צרו קשר : gkaneti@nblaw.com