

בהגבלים עסקיים אני תמיד נשאר אני, או שלא? / עו"ד עדי מרכוס*

יש כיום שאלות ברומו של עולם כמו: מכבי או הפועל, קפה או תה, קולה או פפסי. אבל מזה שנים, אחת הבסיסיות שבהן הייתה תמיד – אפל או אנדרואיד? אם תשאל משתמשי אפל שרופים, אין כמו חוויית המשתמש של אפל ואין שום כוח בעולם שיגרום לכם להחליף את העיצוב ופונקציונליות של אפל בחברה אחרת. אבל אם תשאל משתמשי אנדרואיד נאמנים, הם יהיו מוכנים לחרות את ידם השמאלית לפני שיחליפו את החופש שבמערכת הפתוחה של אנדרואיד בקופסא הסגורה של אפל. התאימות שבין מוצרי אפל והחופשיות שבמוצרי אנדרואיד הם חלק מהותי ב DNA של החברות, שהם מהווים מרכיב עיקרי בחוויית המשתמש ובבחירת הלקוחות. אבל מה קורה כאשר גוף ממשלתי מחליט לתבוע חברה מסחרית ולדרוש ממנה לשנות את מהות החברה עצמה ולשנות את השוק כולו בהינף יד?

ב-21 מרץ, 2024, הגיש משרד המשפטים האמריקאי תביעה כנגד אפל העולמית¹ אשר עשויה, אם תצלח, לשנות את הרעיון הבסיסי העומד במרכז מהותה של חברת אפל והמכווין את פעילותיה ברחבי העולם ותחייב אותה לשנות את דרכיה בצורה אשר תשנה לחלוטין את שוק הטלפונים החכמים העולמי. התביעה למעשה מאשימה את אפל ביצירת מונופול בלתי חוקי על ידי כך שהיא הופכת את מכשיריה למערכת סגורה, המקשה על משתמשים לעבור למוצרים של חברות מתחרות ומציבה חסמים גבוהים בפני מפתחי אפליקציות ומפתחי טכנולוגיה על מנת למנוע תחרות בשוק. בעוד שהתביעה היא במהותה תביעת הגבלים עסקיים סטנדרטית, הייחוד שלה במקרה זה הוא שהיא באה בניגוד וקוראת תיגר על עצם זהותה של אפל והמודל העסקי שלה מיומה הראשון, וזה שמהווה את הבסיס להצלחתה, המבוסס כולו, באופן גלוי, מוצהר ואפילו גאה, על יצירת אינטגרציה מלאה בין מערכת סגורה של מוצרים משלימים וחויית משתמש ייחודית למכשיריה בלבד.

התביעה של משרד המשפטים האמריקאי באה לאחר שב-04 מרץ, 2024, קנס האיחוד האירופאי את אפל בסכום עתק של 1.8 מיליארד יורו² בהמשך לתלונת מפעילת אפליקציות ספוטיפיי שענקית הטכנולוגיה ניצלה את מעמדה בשוק כדי למנוע מלקוחות לקבל מידע על אפשרויות מוסיקה זולות יותר הזמינות מחוץ למערכת אפל, וזאת כדי לשמור על מעמדה ונתח השוק שלה. גם מדינות כמו אוסטרליה ויפן הודיעו בשנים האחרונות שהן שוקלות חקיקה חדשה שתחייב את אפל לשחרר את אחיזתה המונופוליסטית ב AppStore ותחייב אותה לפתוח את הדלת בפני מפתחי אפליקציות חיצוניות.

לכאורה, גם בישראל יכולה רשות התחרות, או כל אדם אשר לגישתו נפגע מפעילותה המונופוליסטית של אפל, לרבות מפתחי אפליקציות אשר נתקלו בחסמים לכניסה לחנות האפליקציות של אפל, לנצל את הגל ולהגיש תביעה (לרבות תביעה ייצוגית) כנגד אפל. בדומה לחוק הפדרלי האמריקאי על פיו נתבעת אפל, גם חוק התחרות הישראלי³, נועד לעודד תחרות חופשית ולמנוע מחברות להטיל מגבלות מלאכותיות ולא נדרשות שיגבילו את הכלכלה המקומית. אולם, בעוד התביעה מגדירה את אפל כמונופול בשוק הטלפוניה בהתאם להגדרת מונופול בחוק האמריקאי המבצע בדיקה איכותית מהותית לבחינת כוח השוק של חברה מסוימת הרי שבחינת הגדרת מונופול בחוק התחרות הישראלי נבחנת לפי שליטה ביותר מ 50% מהשוק באופן מכני-סטטיסטי. עוד, בניגוד לחוק האמריקאי, על מנת שרשות התחרות תחיל על חברה את המגבלות החלות על מונופולין או תפתח בהליכים כנגד תאגיד אשר לא פעל בהתאם למגבלות כאמור, נדרשת הצהרה דקלרטיבית קודמת על התאגיד בתור מונופולין.

בנוסף, ובאופן נפרד מאפל באופן ספציפי, עולות שאלות מהותיות הן לבעלי חברות טכנולוגיות וותיקות והן למקימי חברות סטארט אפ לגבי מהות החברות שהם מקימים והמודל העסקי-אסטרטגי שהם מבקשים לבנות לעצמם. כאשר, מחד, לא ניתן להתעלם משווי השוק האסטרטגי אשר יצר לאפל המודל העסקי הייחודי אולם מנגד, הוא השאיר אותה חשופה לתביעות ענק בשל התנהגות מונופוליסטית ופגיעה בתחרות אשר סביר כי ישנו לחלוטין את פני החברה בעתיד הקרוב לבוא. כך או כך, על תנאי השירות של המוצר או האתר חשוב מאוד לקבל ייעוץ משפטי מעורך דין בעל ניסיון הן בתחום הטכנולוגי והן בתחום ההגבלים העסקיים.

* עו"ד עדי מרכוס הינה עורכת דין במשרד אפיק ושות' (www.afiklaw.com) המתמקדת במשפט מסחרי ודיני חברות, זכויות יוצרים, דיני תקשורת ואומנים ועסקאות בינלאומיות. עו"ד מרכוס הינה בוגרת הפקולטה למשפטים ובעלת תואר שני בתקשורת באוניברסיטת תל אביב ותואר שני במנהל עסקים בינלאומי מאוניברסיטת בר אילן. היא התמחתה במשרד המשפטים אצל המשנה ליועץ המשפטי לממשלה בתחום הדין האזרחי וזכויות היוצרים, לאחר מכן עבדה 18 חודש במשרד שלמה כהן בתחום הקניין הרוחני, כ-11 שנה במחלקה המשפטית בגוף התקשורת "רשת גה בע"מ" (ערוץ 2 של הטלוויזיה), כאשר תפקידה האחרון בטרם מיזוג החברה עם ערוץ 10, כראש תחום במחלקה המשפטית ולאחר כן, טרם הצטרפותה למשרד, כיועצת המשפטית הפנימית של קנלר ייצוג אמנים, בכל נושא היעוץ המשפטי של אמנים ואנשי תרבות, בין בישראל ובין במישור הבינלאומי. אין בסקירה כללית זו משום ייעוץ משפטי כלשהו ומומלץ להיוועץ בעורך דין המתמחה בתחום זה בטרם קבלת כל החלטה בנושאים המתוארים בסקירה זו. לפרטים נוספים: 03-6093609, או באמצעות הדואר האלקטרוני: afiklaw@afiklaw.com.

¹ <https://www.justice.gov/opa/pr/justice-department-sues-apple-monopolizing-smartphone-markets>

² <https://www.euronews.com/my-europe/2024/03/04/apple-hit-with-18-billion-eu-antitrust-fine-over-music-streaming>

³ חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988.

Antitrust: Can I trust myself to always remain myself ? /Adi Marcus, Adv.

There are some very acute questions such as: the Maccabi or Hapoel basketball team, coffee or tea, Coke or Pepsi, but for years, one of the most basic question has always been - Apple or Android? If you ask a devoted Apple user, there is nothing like the Apple's user experience and there is no force in the world that will make one replace Apple's design and functionality with another. But... if you ask a loyal Android user, he be willing to lose his left hand before exchanging the freedom of Android's open system for Apple's closed box. The compatibility of Apple's products and the freedom of the Android products are such an essential part of the systems' DNA that they are a main component of the user experience and customer choice. So, what happens when a government body decides to sue a commercial company and demand that it would change the essence of the company itself and change the entire market as an aside?

On March 21, 2024, the US Department of Justice filed a lawsuit against Apple which may, if successful, change the basic idea that stands at the center of Apple's essence and directs its activities and will require it to change its ways in a manner that may completely change the global smartphone market. The lawsuit essentially accuses Apple of creating an illegal monopoly by making its devices a closed system, making it difficult for users to switch to competing companies' products and placing high barriers for app developers and technology developers to prevent competition in the market. While the lawsuit is in essence a standard antitrust claim, its uniqueness in this case is that it comes against, and challenges, the very identity of Apple and what is its business model from day one - the basis of its success - which is based entirely, in an open, declared and even proud way, on creating full integration between a closed system of complementary products and a unique user experience limited only to its devices.

The US Department of Justice clam followed a March 4, 2024, European Union whopping Euro 1.8 billion fine imposed on Apple following a complaint by the operator of the Spotify application that the technology giant took advantage of its position in the market to prevent customers from receiving information about cheaper music options available outside the Apple system, and this is to maintain its position and market share. Countries such as Australia and Japan have also announced in recent years that they are considering new legislation that would require Apple to release its monopolistic hold on the AppStore and would require it to open the door to external application developers.

Ostensibly, even in Israel, the Competition Authority, or any person who claim to be harmed by Apple's monopolistic actions, including app developers who have encountered barriers to enter the AppStore, may take advantage of the upheaval and file a claim (including a class action) against Apple. Similar to the American federal law under which Apple is being sued, the Israeli competition law is also designed to encourage free competition and prevent companies from imposing artificial and unnecessary restrictions that would limit the local economy. However, while the lawsuit defines Apple as a monopoly in the telephony market in accordance with the definition of a monopoly in the American legal system that performs a substantial qualitative test to examine the market power of a certain company, the Israeli definition of a monopoly examines the control of more than 50% of the market in a mechanical-statistical manner. Furthermore, contrary to the American system, in order for the Competition Authority to apply to a company the restrictions applicable to a monopoly or to open proceedings against a company that did not follow the aforementioned restrictions, a prior declaratory statement about the corporation as a monopoly is required.

In addition, and regardless of the Apple case, substantial questions arise for both the owners of long-standing technology companies and the founders of start-up companies regarding the nature of the companies they are establishing and the business-strategic model they seek to build for themselves. While the astronomical market value that the unique business model created for Apple cannot be ignored, it has left it exposed to huge lawsuits due to monopolistic behavior and harm to competition, which is likely to completely change the face of the company in the near future. Either way, on the terms of service of the product or website, it is very important to get legal advice from a lawyer with experience in both the technological and the antitrust legal fields.

*Adi Marcus, Adv. is an attorney in the office of Afik & Co. (www.afiklaw.com) who focuses primarily on commercial and corporate law, copyrights, media law and international transactions. Advocate Marcus holds a major in law, an M.A in communication from Tel Aviv University and an international MBA from Bar Ilan University. She completed her internship at the Ministry of justice under the Deputy Attorney General focusing civil law and copyright law, then worked for about 18 months in the office of Shlomo Cohen in the field of intellectual property, about 11 years in the legal department of the communications network "Noga Network" (Channel 2 of TV), with her last position before the company merged with Channel 10, was head of department in the legal department and then, before joining the firm, as Kneller Artists Representation's internal legal advisor, representing in all matters of legal advice to artists and cultural figures, both in Israel and internationally. Nothing herein should be treated as a legal advice and all issues must be reviewed on a case-by-case basis. For additional details: +972-3-6093609 or at the e-mail: afiklaw@afiklaw.com.