



**בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים**

ע"א 5365/11

ע"א 5489/11

לפני :

כבוד השופט א' רובינשטיין  
כבוד השופט צ' זילברטל  
כבוד השופטת ד' ברק-ארז

אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים

המערערת בע"א 5365/11  
והמשיבה 9 בע"א 5489/11 :

נ ג ד

emi music publishing ltd

המערערת בע"א 5489/11  
והמשיבה 9 בע"א 5365/11 :

נ ג ד

המשיבים :

1. הממונה על הגבלים עסקיים
2. איגוד מסעדות בישראל
3. חברת פרטנר תקשורת
4. התאחדות בעלי אולמות וגני אירועים
5. ערוצי זהב
6. מת"ב מערכות תקשורת בכבלים
7. תבל תשדורת בינלאומית לישראל
8. עננה בע"מ
9. emi music publishing ltd

ערעורים על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים  
בירושלים מיום 2.6.2011 בה"כ 513/04 שניתן על ידי כבוד  
השופטת נ' בן-אור

ג' בניסן התשע"ג (14.3.13)

תאריך הישיבה :

בשם המערערת בע"א 5365/11  
והמשיבה 9 בע"א 5489/11 : עו"ד אורי שורק, עו"ד אסף נוימן

בשם המערערת בע"א 5489/11  
והמשיבה 9 בע"א 5369/11 : עו"ד מישל קינס

בשם המשיב 1 : עו"ד אורי שוורץ, עו"ד יעל שיניין,  
עו"ד אלעד מקדסי

בשם המשיב 3 :	עו"ד אייל שגיא, עו"ד אמיר ונג
בשם המשיבים 4-7 :	פטורים מהתייצבות ומייצוג
בשם המשיב 8 :	עו"ד רונית אמיר-יניב, עו"ד עידו חיטמן

## פסק-דין

### השופטת ד' ברק-ארז:

1. מה צריכים להיות העקרונות המדריכים את פעילותה של אקו"ם בכל הנוגע לניהול זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות בישראל? שאלה זו הוצגה בפנינו במלוא עוזה על רקע קביעתו של הממונה על ההגבלים העסקיים כי פעילותה של אקו"ם יוצרת הסדר כובל, וכל זאת לצורך ביקורת התנאים שנקבעו לאישורו של ההסדר הכובל, באופן שיאזן בין זכויותיהם של היוצרים לבין אינטרס הכלל בכך שיעשה שימוש ביצירות במרחב הציבורי.

רקע והליכים קודמים

2. "אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים", הידועה בשמה המקוצר "אקו"ם", היא תאגיד הפועל לניהול זכויות היוצרים בישראל של החברים בה – תמלילים, מלחינים, מעבדים, מתרגמים ואחרים. החברים באקו"ם מעבירים אליה את זכויותיהם ביצירותיהם, ואילו אקו"ם פועלת למתן הרשאות לשימוש באותן יצירות בתמורה לתמלוגים, שאותם היא גובה עבור חבריה. במקרה הרגיל, ההרשאות שאותן מעניקה אקו"ם ניתנות על דרך של רישיונות גורפים ("רישיונות שמיכה"), אשר מאפשרים לבעל הרישיון לעשות שימוש בכל רפרטואר היצירות המנוהלות על ידי אקו"ם (על פי רוב באמצעות הנגשתן לציבור באמצעים שונים). בנוסף לכך, אקו"ם קשורה בהסכמים עם גופים זרים לניהול משותף של זכויות יוצרים (להלן: אגודות אחיות), שמכוחם היא מנהלת בארץ את הזכויות המנוהלות על ידי האגודות האחיות בחו"ל.

3. ביום 30.4.2004 פרסם הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן: הממונה) קביעה לפי סעיף 34(א)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: חוק ההגבלים העסקיים, או: החוק) לפיה פעילותה של אקו"ם כרוכה בעשיית הסדרים כובלים (הן בין חברי אקו"ם לבין עצמם והן בין אקו"ם לבין האגודות האחיות) וכן הכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק, לפיה פעילותה של אקו"ם כהסדר כובל יוצרת מונופולין בשוק של ניהול

זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות (וליתר דיוק, בכל הנוגע לניהול זכויות השידור, הביצוע הפומבי, ההעתקה, ההקלטה, והסינכרוניזציה של יצירות אלה). ההחלטה התקבלה על-ידי הממונה דאז, מר דרור שטרום. עם זאת, היא משקפת גם את עמדתם של ממלאי התפקיד שהחליפו אותו – גב' רונית קן, וכיום – פרופ' דיויד גילה, כמפורט בהמשך. ההתייחסות לעמדתה של הרשות להגבלים עסקיים תיעשה מכאן ואילך מבלי להתייחס באופן ספציפי לחילופים אלה, תוך שימוש במונח הכללי של תואר התפקיד – הממונה.

4. בשלב זה, יזמה אקו"ם הליכים משפטיים בפני בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: בית הדין) – ערר על קביעת הממונה באשר לכך שפעילותה מגבשת הסדרים כובלים (ה"ע 512/04), ולחלופין בקשה לאישור הסדר כובל בהתאם לסעיפים 7 ו-9 לחוק ההגבלים העסקיים, מן הטעם שאישור ההסדר נדרש לטובת הציבור (ה"ע 513/04). שני ההליכים נדונו במאוחד. בהמשך, לבקשת אקו"ם, נמחק הערר שהגישה, וכך נותרה על הפרק רק בקשתה לאישור ההסדר הכובל. מטעם הממונה הוצגה בפני בית הדין עמדה שלא התנגדה לאישורו של ההסדר הכובל, בשל החשיבות הציבורית הנודעת לפעילותה של אקו"ם, כמוסבר בהמשך, אך ביקשה מבית הדין ללוות את האישור בתנאים שיבטיחו את האינטרס הציבורי כמו גם את זכויותיהם של היוצרים כפרטים.

5. על מנת לאפשר את המשך פעילותה עד להשלמת ההתדיינות, הגישה אקו"ם בקשה למתן היתר זמני לפעילותו של ההסדר הכובל. בית הדין נענה לבקשה והעניק לאקו"ם ביום 28.12.2004 היתר זמני לפעילות, שהותנה בתנאים (להלן: ההיתר הזמני). תנאים אלה הסדירו, בין השאר, כמפורט בהמשך, את המצבים שבהם יוכלו יוצרים להחריג זכויות ביצירות מסוימות מניהול על-ידי אקו"ם, כך שאותם יוצרים – ולא אקו"ם – יטפלו במתן הרשאות לשימוש בזכויות אלו בעצמם (להלן: מנגנון ההחרגה). ברבות השנים הוארך ההיתר הזמני מעת לעת, בהמלצת הממונה, תוך שהוכנסו בתנאיו תיקונים ושינויים שונים. האחרון שבהיתרים הזמניים הללו (עובר למתן פסק דינו של בית הדין) ניתן ביום 24.2.2009, וכלל מספר שינויים משמעותיים בתנאים, בין היתר על דרך "הקשחתו" של מנגנון ההחרגה, כפי שיפורט להלן.

6. בנוסף לעמדתו של הממונה, היו בפני בית הדין גם התנגדויות לאישור ההסדר הכובל שהוגשו מטעם גופים אחדים, לרבות התאחדות בעלי האולמות וגני האירועים, חברת פרטנר תקשורת (להלן: פרטנר), איגוד המסעדות בישראל, וכן מספר חברות כבלים – ערוצי זהב, מת"ב ותבל (להלן: חברות הכבלים) (שלימים אוחדה פעילותן).

7. בשלב מאוחר יותר ביקשו להצטרף להליך גם שני מו"לים, אשר מייצגים יוצרים והינם אף חברים באקו"ם בעצמם – חברת עננה בע"מ (להלן: עננה) וחברת EMI Music Publishing (Israel) Ltd. (להלן: EMI ישראל). בקשות אלה, כמו גם מועד הגשתן, הוסברו בשינויים שחלו בתנאי ההיתר מיום 24.2.2009 בכל הנוגע למנגנון ההחרגה. בית הדין קיבל את בקשת ההצטרפות באופן חלקי ביום 1.12.2009, במובן זה שאפשר לכל אחת משתי המבקשות להגיש מסמך קצר בהתייחס לתנאים שאינם מקובלים עליהן, וכן להשמיע טיעוני סיכום מטעמן, מבלי להרחיב את התשתית העובדתית הקיימת.

8. בהחלטתו מיום 25.1.2009 ציין בית הדין כי על-פי הסכמת הצדדים תינתן הכרעתו על יסוד סיכומים והשלמות טיעון בעל-פה, ללא צורך בשמיעת ראיות. עוד צוין בהחלטה זו כי כל הצדדים מסכימים לאישורה של אקו"ם כהסדר כובל וחלוקים ביניהם רק לגבי התנאים למתן אישור זה, ועל כן תנאיו של ההיתר הזמני מיום 24.2.2009 (להלן: התנאים הזמניים) ישמשו נקודת התייחסות לעמדות הצדדים. בהתאם לכך, הגיש כל אחד מהצדדים את הסתייגותו ביחס לתנאים הזמניים, באופן שאפשר לבית הדין להכריע אלו מהם יאומצו כמות שהם לתוך התנאים הקבועים, ואילו מהם ישונו.

9. ביום 2.6.2011 אישר בית הדין את פעילותה של אקו"ם כהסדר כובל, בכפוף לשורה של תנאים (להלן: התנאים הקבועים), אשר יעמדו בתוקף למשך 5 שנים מיום אישורם. בית הדין ציין כי נקודת המוצא לבחינת טענותיהם של הצדדים ביחס לתנאים היא כי מדובר בהסדר שהתועלת הצפויה ממנו עולה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם ממנו, כנדרש בסעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים. בהקשר זה, הוסבר כי פעילותה של אקו"ם מיטיבה הן עם בעלי הזכויות היוצרים החברים בה (להלן: היוצרים) והן עם ציבור המשתמשים ביצירות המנוהלות על ידה (להלן: המשתמשים): מחד גיסא, הרישיונות הגורפים מאפשרים למשתמש לעשות שימוש בכל רפרטואר היצירות שברשות אקו"ם, וכך נחסך מן הציבור הצורך באיתור בעלי הזכויות השונות ובניהול משא ומתן פרטני עם כל אחד מהם; מאידך גיסא, הרישיונות הגורפים מניבים תועלת גם לבעלי הזכויות, מאחר שהם מייעלים (ובמידה רבה אף מאפשרים) את גביית התמלוגים ואת יכולת האכיפה בגין הפרת הזכויות.

10. הואיל וכל הצדדים הסכימו, באופן עקרוני, לאישורו של ההסדר הכובל, התמקד הדיון בבית הדין בטיבם של התנאים שבהם יש להתנות את האישור, על מנת

להפיג את החששות בדבר ניצולו לרעה באופן שעלול לפגוע בציבור היוצרים או בציבור המשתמשים. נקודת המוצא לדיון הייתה, כאמור, התנאים הזמניים, אשר חלקם היו מוסכמים על הכול, אך חלקם האחר היו שנויים במחלוקת בין בעלי הדין. המחלוקות שבהן מתמקד הערעור שבפנינו נגעו לתנאים הקובעים את היקף החובה המוטלת על אקו"ם למנות דירקטורים חיצוניים ואת היקף יכולתו של חבר באקו"ם להחריג זכויות מניהולה, כמפורט להלן.

11. מחלוקות נוספות, ובכללן כאלה הנוגעות להגדרת הפעולות שייחשבו לניצול לרעה של מעמדה של אקו"ם ולאופן שבו על אקו"ם לפעול בקשר לנקיטה בצעדים משפטיים כנגד משתמשים לא עמדו בסופו של דבר בפנינו – רק מקצת הטענות הנוגעות אליהן הועלו בערעור, ולמעשה, הטיעון בפנינו לא התמקד בהן.

12. מינוי דירקטורים חיצוניים – עמדת הממונה הייתה שיש להוסיף לתנאיו של ההיתר הקבוע תנאי לפיו אקו"ם תמנה דירקטורים חיצוניים בשיעור שלא יפחת משליש מכלל חברי הדירקטוריון, ודירקטורים אלו יהיו אחראים על התכנית הפנימית לאכיפת דיני ההגבלים העסקיים שאותה מחויבת אקו"ם (בהתאם לסעיף 10 לתנאים הזמניים) להפעיל. אקו"ם התנגדה לדרישה זו, בין היתר בנימוק כי אין מדובר בחברה ציבורית, אשר מינוי דירקטורים חיצוניים נדרש בה על מנת להגן על זכויות המיעוט, וכי תקנון אקו"ם מבטיח ממילא ייצוג נאות לכל אחת מקבוצת היוצרים בה, ואף מקפיד על האיזון המספרי ביניהם.

13. בית הדין קיבל את עמדת הממונה בעניין זה, בהצביעו על כך שתאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים מעורר מעצם טבעו חשש לניצול כוח השוק כלפי בעלי הזכויות עצמם. מינוי דירקטורים חיצוניים במספר ממשי והפקדת תכנית האכיפה הפנימית בידיהם, כך נקבע, יסייעו בהתמודדות עם חשש זה, ולא כל שכן בהתחשב בכך שחברי התאגיד מבוזרים ואינם בעלי מומחיות בניהולו. עוד ייחס בית הדין חשיבות לכך שמעמדתה של אקו"ם במסגרת ההליך בפניו עלה שהיא עצמה מכירה בצורך למנות דירקטורים חיצוניים, והייתה נכונה לעשות כן גם עובר למתן פסק הדין, מטעמים של חיזוק "אופיו הניהולי-מקצועי-כלכלי של דירקטוריון אקו"ם".

14. היקף יכולתו של חבר באקו"ם להחריג זכויות מניהולה – ההיתר הזמני שקיבלה אקו"ם תחילה (בשנת 2004) כלל, בסעיף 2.3 לתנאים הזמניים, מנגנון המתיר לחבר בה למסור הודעה "בכל עת, על רצונו ליטול לעצמו זכות מזכויות היוצרים, כולן או חלקן, לגבי אילו מבין יצירותיו, לגבי כלל המשתמשים או לגבי סוגים מסוימים שלהם",

באופן שהיצירות שנכללו בהודעה יחדלו להיות חלק מרפרטואר אקו"ם וזכויות היוצרים בהן ישובו לבעלותו של החבר המודיע (להלן: מנגנון ההחרגה הרחב). ביסוד מנגנון זה עמדה ההשקפה שאפשרות "ליברלית" להחריג כל זכות ביצירה, אף באופן נקודתי, תעצים את התחרות בתחום ותגביר את כוחם של היוצרים כלפי אקו"ם. בהמשך, על סמך הניסיון שהצטבר מהפעלתו של הסדר זה, הגיעה רשות ההגבלים העסקיים למסקנה שמנגנון ההחרגה הרחב אינו מניב את התוצאות המצופות מבחינת שיפור התחרות בשוק, ולעומת זאת הוא מחריף את החששות הכרוכים בניצול לרעה של יכולת ההחרגה. כך למשל הסתבר, לשיטת הממונה, כי מנגנון ההחרגה הרחב, שאפשר ליוצרים המעוניינים בכך, בין השאר, להוציא מניהולה של אקו"ם שימושים ב"מדיות חדשות" בלבד (כגון סלולארי ואינטרנט) ולהשאיר בידיה את הכוח להעניק רישיונות גורפים לזכויות שידור רק ב"מדיות מסורתיות" (כדוגמת טלוויזיה ורדיו), עלול לחתור תחת ההצדקה לקיומה של אקו"ם כתאגיד שתכליתו לחסוך את עלויות העסקה הגבוהות הכרוכות בהתקשרות פרטנית מול כל אחד מבעלי הזכויות ביצירה. נוכח האמור, בשנת 2009 שונה מנגנון החרגת הזכויות בסעיף 2.3 לתנאים הזמניים, באופן שצמצם את יכולת ההחרגה בשני היבטים: ראשית, נקבע בתנאים הזמניים שהודעת החרגה יכולה להינתן רק בהסכמת כל בעלי הזכויות ביצירה שהחרגתה מתבקשת (למשל, מחבר המילים, מחבר הלחן והמעבד); שנית, נקבע שהחרגה חלקית, היינו החרגה של חלק מהשימושים ביצירה, תוכל להיעשות רק על-פי ארבעה "סלי החרגה" שעניינם קטגוריות שימוש שונות (להלן: מנגנון ההחרגה המצומצם) – הצגת היצירה במתכונת קולית (כגון שידור ברדיו); הצגתה במתכונת אודיו-ויזואלית (כגון שילובה בתכנית טלוויזיה); העתקת היצירה; והקלטתה. מנגנון ההחרגה המצומצם לא אפשר, אם כן, ליוצר להחריג את היצירה במתכונות שונות ומגוונות בהתאם לשיקול דעתו ולבחירתו הספציפית (למשל, החרגת השימוש ביצירה בכל הנוגע להנגשתה באמצעות טלפונים ניידים בלבד).

15. עמדת הממונה הייתה שמנגנון ההחרגה המצומצם הוא שצריך להיכלל בתנאיו של האישור הקבוע, והצטרפו לעמדה זו גם אקו"ם, פרטנר וחברות הכבלים. לעומת זאת, EMI ישראל ועננה סברו שיש לאמץ את מנגנון ההחרגה הרחב, בהתייחס לשני ההיבטים המבחינים אותו ממנגנון ההחרגה המצומצם, ותקפו הן את הדרישה להסכמה פה אחד של כלל היוצרים ביצירה משותפת והן את ההגבלה להחרגה בהתאם ל"סלי החרגה".

16. EMI ישראל טענה שמנגנון ההחרגה המצומצם פוגע באופן לא ראוי בזכות הקניין החוקתית של היוצרים המיוצגים על ידה, הן משום ש"סלי החרגה" המוגדרים

מראש מצמצמים את הפרוגטיבה של בעל הזכות להתיר או לאסור שימושים מסוימים ביצירתו, והן מאחר שרובן המכריע של היצירות המוסיקליות המנוהלות על-ידי אקו"ם מצויות בבעלות משותפת של מספר יוצרים. בנסיבות אלה, כך נטען, התניית ההחרגה בהסכמתם של יתר בעלי הזכויות שוללת למעשה את יכולתו של יוצר נתון להתיר או לאסור שימוש ביצירתו. עוד טענה EMI ישראל שאימוץ מנגנון ההחרגה המצומצם יפגע בתחרות בין חברי אקו"ם לבין עצמם, במובן זה שרק תאגידים גדולים יוכלו להרשות לעצמם לנהל זכויות מחוץ לאקו"ם, בעוד שיוצרים בודדים לא יוכלו לעמוד בנטל הכספי והלוגיסטי הנדרש לשם כך.

17. עננה טענה, כי אימוצו של מנגנון ההחרגה המצומצם יביא לפגיעה באינטרס ההסתמכות שלה. זאת, בהתחשב בכך שהיא כבר החריגה, על סמך נוסחו של מנגנון ההחרגה הרחב, את היצירות המנוהלות על ידה מהפרטואר של אקו"ם בכל הנוגע לשימושים ב"מדיות חדשות" וכעת תיאלץ להשיבן. בנוסף לכך, היא העלתה שורה של טענות שעניינן ההגבלות שכרוכות במנגנון ההחרגה המצומצם – העדר הבחנה בין יוצרים שחלקם ביצירה המשותפת משמעותי לבין יוצרים שחלקם זעום (ומקבלים בכל זאת, דה-פקטו, זכות וטו לעניין החרגת היצירה); פגיעה ביכולתם של יוצרים להשיא את רווחיהם; וכן פגיעה בהיבט המוסרי של זכות היוצר (במובן זה שיוצר המבקש למנוע שימוש ביצירתו בשל שיקולים דתיים, תדמיתיים או מוסריים יתקשה לעשות זאת במסגרת משטר ההחרגה המצומצם). עננה הוסיפה וטענה כי התניית ההחרגה בהסכמת כל בעלי הזכויות הופכת אותה, מבחינה מעשית, לאות מתה, משום שריבוי בעלי הזכויות בכל יצירה יסכל כל ניסיון להשיג את ההסכמות הנדרשות.

18. בית הדין קבע שיש להתנות את האישור במנגנון החרגה מצומצם, ואימץ בעניין זה את עמדתם של אקו"ם והממונה (שבה תמכו גם פרטנר וחברות הכבלים). בית הדין הסביר שמנגנון החרגה זה נותן מענה הולם לאיזונים הנדרשים בין ההגנה על התחרות לבין ההגנה על זכותו הקניינית של היוצר הבודד. בית הדין הוסיף וציין שתאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים ממילא לא נועד לאפשר לכלל החברים בו לממש את זכויותיהם במלוא היקפן; נהפוך הוא – זהו הסדר שביסודו ויתור על חירות מלאה בנוגע ליצירות בתמורה להוזלה בעלויות ניהולן של זכויות היוצרים ואכיפתן. EMI ישראל ועננה, כך קבע בית הדין, מבקשות למעשה ליהנות מן היתרונות של חברות בהסדר כובל מבלי לשאת במחיר הכרוך בכך. בית הדין הוסיף והסביר כי זכות היוצרים מעניקה ליוצר מעמד מונופוליסטי הטומן בחובו חשש לפגיעה בציבור, אשר מתעצם כאשר היוצרים מתאגדים בתאגיד המהווה הסדר כובל. על כן, אין מניעה

להתנות את אישורו של ההסדר הכובל בתנאים המגבילים את זכות הקניין של היוצר הבודד ביצירתו.

19. כאמור, בסופו של דבר, אישר בית הדין את פעילותה של אקו"ם כהסדר כובל בכפוף לשורת תנאים, ובכללם התנאים שפורטו לעיל. על פסק דינו זה הוגשו שני הערעורים שבפנינו – ערעורה של אקו"ם וערעורה של EMI ישראל – כמפורט להלן.

#### הערעורים

20. ערעורה של אקו"ם (ע"א 5365/11) מופנה, כאמור, כנגד היבט אחד בלבד בפסק דינו של בית הדין – אישורו של התנאי בדבר חובת מינוי דירקטורים חיצוניים. טענותיה בעניין זה מופנות הן כנגד החיוב העקרוני למנות דירקטורים חיצוניים, והן כנגד מספרם.

21. ערעורה של EMI ישראל (ע"א 5489/11) נסב במקור על כמה מהתנאים האחרים שבהם התנה בית הדין את ההיתר הקבוע, אך בדיון בפנינו היא מיקדה את טענותיה בפרטיו של התנאי המסדיר את מנגנון החרגת הזכויות. יצוין כי עננה, שלא הגישה ערעור על פסק הדין התייצבה לדיון כמשיבה ובתוקף מעמדה זה הציגה טיעונים שתמכו בעמדתה העקרונית של EMI ישראל.

22. באופן כללי, EMI ישראל סבורה שמנגנון ההחרגה המצומצם פוגע בהגנה על זכויותיהם של היוצרים ומחזק את המונופולין של אקו"ם. באופן ספציפי יותר טוענת EMI ישראל כי יישומו של מנגנון ההחרגה המצומצם יוביל לפגיעה בזכויותיהם הקנייניות של היוצרים וכן באפשרות ליצור שוק תחרותי של זכויות יוצרים. לשיטתה, הגנה על זכויות היוצרים מחייבת הן הכרה בכוחו של כל יוצר להפעיל את מנגנון ההחרגה ביחס ליצירה שהוא שותף בה, גם ללא קבלת הסכמתם של היוצרים האחרים, והן הכרה בזכותם של יוצרים להחריג את יצירותיהם גם מחוץ ל"סלי ההחרגה" שמחייבים בחירות "גסות" ובלתי מדויקות, שאינן נותנות ביטוי להבחנות חשובות, ובראשן ההבחנה בין מדיה "ישנה" (כגון רדיו וטלוויזיה) לבין מדיה "חדשה" (כגון מכשירים סלולאריים).

23. מנגד, הממונה סבור כי יש לדחות את שני הערעורים גם יחד. הוא סומך ידיו על פסק הדין שניתן ומדגיש כי התנאים שאושרו בו נדרשים לשם הגנה על היוצרים



והמשתמשים מפני כוחה המונופוליסטי של אקו"ם, כמו גם לשם הגנה על האינטרס הציבורי שכרוך בשימוש ביצירות.

הכרעתנו

24. לאחר שבחנו את טענות הצדדים הגענו לכלל דעה שיש לדחות את שני הערעורים גם יחד. שוכנענו כי בעת הזו תנאיו של ההיתר הקבוע, ובכללם התנאים שכנגדם הופנו הערעורים, נדרשים כולם לשם הסרת החששות שאותם מעורר, מעצם טיבו, הסדר כובל שעניינו ניהול משותף של זכויות יוצרים. תנאים אלו נדרשים על מנת להבטיח כי תועלתו של ההסדר הכובל לציבור אכן תעלה על הנזק הנשקף ממנו. אכן, כפי שיפורט להלן, העיון בטענות הצדדים הבהיר כי הסוגיה של הבחנה בין מדיה "חדשה" לבין מדיה "ישנה" במסגרת מנגנון ההחרגה היא סוגיה מתפתחת, שצריך יהיה להוסיף ולעקוב אחר הסדרתה. אולם, כפי שצוין, האישור ותנאיו נקבעו לתקופה של חמש שנים, שמהן חלפו כבר כשנתיים (בהתחשב בכך שהתנאים בדבר מנגנון ההחרגה המצומצם אושרו על ידי בית הדין בחודש יוני 2011). בתום תקופה זו, ניתן יהיה להוסיף ולבחון את התנאים ואת אופן הפעלתם לצורך קבלת החלטות לקראת העתיד. במובן זה, הכרעתנו משקפת את הנתונים שהוצגו בהליך, ובכלל זה הניסיון המצטבר בשוק הישראלי והשימושים הקיימים בו בזכויות יוצרים.

המסגרת הנורמטיבית: בין דיני זכויות יוצרים לדיני ההגבלים העסקיים

25. שתיים הן המסגרות הנורמטיביות החולשות על הדיון: דיני זכויות היוצרים – כמסגרת המבקשת, בין היתר, לאזן בין זכותו של היוצר ביצירתו לבין האינטרס הציבורי בהנאה מפרי היצירה גם לטובת הכלל, לשם קידום התרבות והדעת; ודיני ההגבלים העסקיים – המכירים, בין היתר, באפשרות לאשר הסדר כובל בכפוף לקביעת תנאים שמטרתם להגן על הציבור מפני ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. דיני זכויות היוצרים מוסדרים כיום בחוק חדש יחסית – חוק זכויות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכויות יוצרים), שהחליף את החקיקה המנדטורית בנושא, ואילו הסוגיות הנוגעות לפעילותם של הסדרים כובלים מוסדרות בחוק ההגבלים העסקיים.

26. גם את פעילותה של אקו"ם יש להעריך ולבחון לאורן של שתי פרספקטיבות אלה. כפי שצוין בפתח פסק דיננו, אקו"ם הוקמה לצורך ניהול משותף של זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות. מהיבטם של דיני זכויות היוצרים, ניהול זה צריך להיעשות לטובת היוצרים ובשם ההגנה על זכויותיהם, אך מבלי להזניח את יכולתו של הציבור

ליהנות מהיצירות; מהיבטם של דיני ההגבלים העסקיים, ניהול זה, שמהווה הסדר כובל ומונופולין, צריך להיעשות לטובת הכלל, ולהבטיח שנגישותו של הציבור ליצירות לא תישלל באופן בלתי סביר. באופן ספציפי יותר, על מנת לעמוד בהוראות סעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים בכל הנוגע לאישורו של הסדר כובל, יש להבטיח שהתועלת הצומחת לציבור מהניהול המשותף תעלה באופן ממשי על הנזקים שעלולים להיגרם כתוצאה ממנו לציבור או לחלקו.

27. מבחינות רבות, המחלוקות שהתעוררו בפנינו חוזרות ומחדדות את הדילמות הבסיסיות של דיני זכויות היוצרים. ההכרה במוסד של זכויות יוצרים נועדה לעודד יצירה והפצה של ביטויים, אך גם לאזן תועלת זו אל מול המחיר הנובע מהגבלת הנגישות ליצירות מוגנות (השוו: גיא פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא 359, 410 (2001)). וכדברי המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוין:

"במשפט האנגלו-אמריקני נתפסת ההצדקה הבסיסית לדינים אלו כרצון לתת תמריץ ליוצר על-מנת להשיג נגישות מקסימלית של היצירה לציבור הרחב. מורשתם של דיני זכויות היוצרים הישראלים היא מורשת זו" (ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658, 671 (2003)).

תאגידים המנהלים זכויות יוצרים: אקו"ם כמקרה מבחן

28. את המקרה שבפנינו יש לבחון לא רק על יסוד העקרונות הכלליים של דיני זכויות היוצרים, מחד גיסא, ודיני ההגבלים העסקיים, מאידך גיסא, אלא גם לאור הניסיון המצטבר מניהולן של זכויות יוצרים באמצעות תאגידים שהוקמו לצורך כך. אקו"ם הוא תאגיד מקומי, שהוקם עוד בארץ ישראל המנדטורית (ראו: MICHAEL BIRNHACK, COLONIAL COPYRIGHT: INTELLECTUAL PROPERTY IN MANDATE PALESTINE 185-186 (2012)). עם זאת, במבט רחב יותר, אין הוא אלא דוגמה אחת מיני רבות לתאגידים מסוג זה, הידועים בכינויים copyright collection societies או collective management organizations (להלן: תאגידים לניהול משותף). תאגידים מסוג זה פועלים במדינות רבות בעולם ונותנים בכך מענה לצורך אמיתי של יוצרים שאינם יכולים לנהל באופן שוטף את הענקת הרישיונות לשימוש ביצירותיהם, לגבות תמלוגים ולאכוף את הדין על מי שמפרים את זכויותיהם. תאגידים אלה מנהלים את זכויותיהם של יוצרים רבים באופן קולקטיבי, ובכך תורמים להוזלת העלויות של המשא ומתן עם המשתמשים כמו גם להוזלת עלויות האכיפה. בה-בעת, מנגנון זה של ניהול משותף מיטיב גם עם הציבור הצורך את היצירות, משום שהוא מאפשר להביאן למרחב הציבורי על בסיס

שוטף. תאגיד הניהול המשותף מציע למשתמשים, במקרה הרגיל, "רישיון שמיכה" ביחס לכלל הרפרטואר של התאגיד, וכך חוסך מהם את הצורך לנהל משא ומתן פרטני עם כל אחד מבעלי הזכויות ביצירות הנכללות ברפרטואר זה. משתמשים אלה, על-פי רוב בעלי תחנות שידור, מפיקים, בעלי אולמות ועוד, הם אלה שבאמצעותם מונגשות היצירות לקהל הרחב (ראו: אריאל כץ "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע בפומבי" דין ודברים ב 551 (2006); גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות – מבט נוסף על יעילות והגינות" דין ודברים ב 621 (2006) (להלן: פסח); WALTER ARTHUR COPINGER, COPINGER ON COPYRIGHT, pp 1790-1794 (16th ed., 2011) (להלן: COPINGER)).

29. לצד ההכרה בכך שתאגידים לניהול משותף מהווים תופעה מוכרת ונפוצה, ידועים גם החששות המלווים את פעילותם. ניהול משותף של זכויות יוצרים כרוך באתגר משמעותי מנקודת הראות של דיני ההגבלים העסקיים, בהתחשב בכך שהוא בעל מאפיינים ריכוזיים ולכן מעורר את כל החששות הכרוכים בקיומו של הסדר כובל, לרבות החשש מפני רכישת כוח-שוק מונופוליסטי וניצולו לרעה, אם בדרך של דרישת תמלוגים בשיעור גבוה ואם בדרכים אחרות. כנגד חסרונות אלה נהוג לשקול את חיוניותה של פעילות זו לשם ניהול אפקטיבי של זכויות יוצרים, ועל כן, מקובל לראות בתאגידי הניהול המשותף "מונופול טבעי" (ובמידה מסוימת, מעין "רע הכרחי") ולאפשר להם לפעול בכפוף למנגנוני פיקוח ורגולציה (ראו: Ariel Katz, *The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights*, 1 J. COMP. L. & ECON. 541, 544-548, 551-553 (2005) (להלן: Katz); COPINGER, בעמ' 1798-1800). ברוח זו, פעילותם של שני תאגידי הניהול המשותף הגדולים בארצות הברית – American Society of Composers, Authors and Publishers (ASCAP) ו-Broadcast Music, Inc. (BMI) – מוסדרת באמצעות צווים שיפוטניים מיוחדים (Consent Decrees) בגדרם של דיני ההגבלים העסקיים. צווים אלו, אשר תנאיהם מעודכנים מעת לעת, מטילים על תאגידי הניהול המשותף שורה של מגבלות וסייגים, במטרה להבטיח את עמידתם באמות המידה התחרותיות של דיני ההגבלים העסקיים (לדיון במנגנוני הפיקוח על תאגידים לניהול משותף בארצות הברית ראו: Stanley M. Besen, *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, 78 VA. L. REV. 383 (1992)). בדומה לכך, גם תאגידים לניהול משותף הפועלים במדינות אירופה נתונים לפיקוח הכפוף גם לדיני ההגבלים העסקיים של האיחוד האירופי (ראו: Lucie Gaibault & Stef Van Gomphe, *Collective Management in the European union*, in: *Collective Management of Copyright and Related Rights* 135 (2<sup>nd</sup> edition, Daniel Gervias ed. 2010) (בעמ' 1801-1808)).

התנאים שבמחלוקת: דירקטורים מן הציבור ומנגנון ההחרגה

30. כפי שכבר צוין, המחלוקת שבפנינו אינה נוגעת לשאלת ההרשאה העקרונית לפעילותה של אקו"ם כהסדר כובל, אלא לתנאים שנקבעו לפעילותה זו, וליתר דיוק, לשניים מהם. במובן זה הדיון מושתת על העמדה המקובלת שהוסברה לעיל, הרואה בתאגידים לניהול משותף של זכויות כעין "מונופול טבעי", שקיומו הכרחי אך פעילותו מצריכה פיקוח והגבלה, על מנת להגן על הציבור מפני ההשפעות השליליות של צבירת כוח שוק ניכר בידי גוף יחיד. התנאים לפעילותה של אקו"ם אמורים אפוא לבטא את האיזון בין הזכות הקניינית של היוצרים ביצירותיהם לבין האינטרס הציבורי בשוק חופשי מהשפעות מונופוליסטיות, אינטרס המקבל נופך ייחודי כאשר עסקינן בשוק של יצירות, שמעצם טיבן, צריכות להיות נגישות לציבור (גם אם בתשלום).

31. בסופו של דבר, עמדו במוקד הדיון שבפנינו שני נושאים: הדרישה למינוי דירקטורים מן הציבור והיקפו של מנגנון החרגת הזכויות. את שניהם יש לבחון מנקודת המבט הייחודית המשלבת את תכליותיהם של דיני זכויות היוצרים עם אלו של דיני ההגבלים העסקיים, ובשים לב לאיזון שאליו שואפות שתי מערכות דינים אלה בין זכויות קנייניות ואינטרסים כלכליים פרטניים, מחד גיסא, לבין טובתו של הציבור בכללותו, מאידך גיסא.

מינוי דירקטורים מן הציבור: בין האינטרס הציבורי לאינטרסים של בעלי הזכויות

32. התנאי הראשון שנקבע לאישורו של ההסדר הכובל היה מינוי דירקטורים מקרב הציבור בהיקף של שליש מחברי הדירקטוריון (דרישה שמשמעותה המעשית הייתה מינוי של ארבעה דירקטורים כאלה בסך הכול). כאמור, אקו"ם התנגדה לתנאי זה במישור העקרוני והמעשי כאחד.

33. במישור העקרוני, טענה אקו"ם כי היא אינה חברה ציבורית ועל כן אין הצדקה לחייב אותה במנגנון פיקוח ההולם חברות ציבוריות. בהקשר זה, היא הוסיפה וטענה כי דירקטוריון אקו"ם מבוסס על איזון עדין בין כלל הסקטורים המיוצגים בו, איזון אשר כשלעצמו מבטיח הגנה על האינטרס הציבורי (סעיף 30.2 לתקנון אקו"ם בנוסחו העדכני קובע כי דירקטוריון החברה יהיה בן תשעה חברים, ויכלול שני פזמונאים, סופר, שני מלחינים של מוסיקה קלה, מלחין של מוזיקה קונצרטנטית, מו"ל אחד ושני דירקטורים חיצוניים). אקו"ם אף הצביעה על כך שמבנה השליטה בה הוא מבוזר, ולכן

לא מעורר, לשיטתה, "בעיית נציג" מן הסוג שאיתו מיועד להתמודד המנגנון של מינוי דירקטורים חיצוניים. אקו"ם טענה גם שקיימים בה ממילא מנגנונים מספקים לפתרון מחלוקות וניגודי עניינים אפשריים, לרבות מנגנון בורות פנימי וכן תנאיו של ההיתר הקבוע, האוסרים על אקו"ם להפלות בין חבריה. לשיטתה, מינוי דירקטורים ציבוריים "ידלל" את שליטתם של היוצרים בזכויות הקניין שלהם. במישור המעשי, אקו"ם הוסיפה והצביעה על העלויות הכרוכות במינוי דירקטורים מן הציבור בהיקף הנדרש, טעם שבגינה היא נאותה למינוי שני דירקטורים ציבוריים, אך לא יותר מכך.

34. לשיטת הממונה, הצורך במינוי דירקטורים מקרב הציבור נובע משני טעמים: ראשית, מינויים של אלה יסייעו להבטיח כי אקו"ם תשרת את האינטרסים של כלל היוצרים החברים בה, בשים לב לשיקולים הנוגעים ליוצר הבודד, שלא בהקשר לקבוצת אינטרסים כזו או אחרת של יוצרים. שנית, המינויים יבטיחו כי לפחות חלק מן הדירקטורים יהיו בעלי כשירות מקצועית בתחום של ניהול תאגיד.

35. בכל הנוגע לחלקם של הדירקטורים מקרב הציבור בדירקטוריון, עמדת הממונה היא שיש הצדקה לקבוע כי זה לא ייפול בשיעורו משליש של הדירקטוריון, בשים לב לכך שהצורך בדירקטורים חיצוניים מתחדד דווקא בנסיבות כמו אלה של אקו"ם – כאשר המבנה התאגידי הוא מבוזר, מבלי שקיים בו בעל שליטה מובהק. בעניין זה, הממונה הוסיף והטעים גם שלשיתו חברי אקו"ם נזקקים להגנה משמעותית אף מזו שלה נזקקים בעלי מניות "רגילים" בחברה, בהתחשב בכך שפרנסתם תלויה בתאגיד, והם אינם יכולים למכור את מניותיהם על מנת "לממש רווחים".

36. לאחר שבחנו את הדברים הגענו לכלל דעה שדין טענותיה של אקו"ם בעניין זה להידחות.

37. מינוי של דירקטורים מקרב הציבור – היינו, דירקטורים שאינם נמנים על עובדי החברה ובעלי מניותיה – הוא אחד המנגנונים המאפשרים פיקוח על התנהלותה של החברה, על מנהליה ועל בעלי השליטה בה, ומסייעים בהתמודדות עם בעיות הנציג השונות הנלוות לפעילותה (ראו: אירית חביב-סגל דיני חברות 438, 429 (2007) (להלן: חביב-סגל)). ניתן לומר כי תרומתו העיקרית של הדירקטור מן הציבור נעוצה ב"מימד החיצוני" שהוא מביא עמו לעבודת הדירקטוריון – כמי שבוחן את הנושאים המובאים לדיון מפרספקטיבה רחבה, אובייקטיבית ומאוזנת, המביאה בחשבון גם את ההשלכות הציבוריות של פעולותיה. הוראת סעיף 240(א1)(1) לחוק החברות, התשנ"ט-1999

(להלן: חוק החברות) לפיה דירקטור מקרב הציבור יהיה בעל כשירות מקצועית או מומחיות חשבונאית ופיננסית, מבטיחה כי מינויו יוסיף לחברה גם מימד מקצועי, אשר יתרום לניהולה התקין (ראו: יוסף גרוס חוק החברות החדש 386-387 (מהדורה רביעית, 2007) (להלן: גרוס)).

38. ההקשר השכיח שבו מופעל המנגנון של מינוי דירקטורים מקרב הציבור נוגע לפעילותן של חברות ציבוריות – סעיף 239 לחוק החברות מחייב חברה ציבורית למנות לפחות שני דירקטורים מקרב הציבור, ואילו סעיפים 114 ו-115(א) לחוק זה מחייבים דירקטוריון של חברה ציבורית למנות ועדת ביקורת מבין חבריו, שבה יכהנו כל הדירקטורים מקרב הציבור. בנוסף לכך, יש שהדין מטיל חובה למנות דירקטורים מקרב הציבור גם על תאגידים מסוימים שמניותיהם לא מוחזקות על ידי הציבור, אך לפעילותם נודעת משמעות ציבורית מהיבטים אחרים. כך למשל, חברה העוסקת בניהול קרנות נאמנות חייבת למנות דירקטוריון בן חמישה דירקטורים לפחות, ששיעור הדירקטורים מקרב הציבור מתוכם הוא כפי שנדרש מחברה ציבורית (ראו: סעיף 16(א) לחוק השקעות משותפות בנאמנות, התשנ"ד-1994); ואילו חברת ביטוח, כהגדרתה בחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, נדרשת למנות דירקטורים מקרב הציבור בשיעור של שליש מכלל חברי הדירקטוריון (ראו: סעיף 2(1) לתקנות הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח) (דירקטוריון וועדותיו), התשס"ז-2007). בנוסף לכך, דירקטוריון של חברה העוסקת בניהול של קופות גמל נדרש למנות לכל קופת גמל שבניהולה ועדת השקעות, אשר רוב חבריה הם בעלי כשירות לכהן כדירקטורים מקרב הציבור (ראו: סעיף 11(א) לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (קופות גמל), התשס"ה-2005).

39. לאחר שבחנו את הדברים, השתכנענו כי התנאי שעניינו מינוי דירקטורים מקרב הציבור לדירקטוריון אקו"ם עולה בקנה אחד עם התכלית העומדת ביסוד אישורו של ההסדר הכולל. אכן, אקו"ם איננה חברה ציבורית, אך מן הבחינה המהותית היא מנהלת משאב שיש לו היבטים ציבוריים מובהקים. מנקודת מבטו של ציבור היוצרים מספקת אקו"ם שירות חיוני, שבלעדיו יתקשו להפיק תועלת כלכלית מיצירותיהם. במובנים רבים, אלה הם פני הדברים גם מנקודת מבטו של הציבור הרחב: היצירות המוגנות שייכות ליוצרים (ולמי שרכשו בהן זכויות), אך נודעת חשיבות לכך שהשימוש בהן ייעשה באופן שייטיב גם עם הציבור כולו. לאמיתו של דבר, היבטים ציבוריים אלה בפעילותה של אקו"ם הם שעומדים ביסוד אישורו של ההסדר הכולל. בד בבד, מאפייניה המונופוליסטיים של אקו"ם ומעמדה כהסדר כובל בתחום זכויות היוצרים המוסיקליות מקנים לה, כשלעצמם, מימד ציבורי. הדרישה למינוי דירקטורים חיצוניים

שיספקו רובד נוסף של פיקוח על פעילותה של אקו"ם היא אפוא מתבקשת ואינהרנטית לרציונל של אישור ההסדר הכובל, מנקודת המבט של ההגנה על היוצרים ועל המשתמשים גם יחד. לא למותר לציין, כי התניית אישורו של הסדר כובל במינוי דירקטורים חיצוניים, גם כאשר אין מדובר בתאגיד ציבורי במובנו הרגיל, אינה נטולת תקדים. כך למשל, האישור לפעילותו של תאגיד המחזור שהוקם כמיזם משותף של יצרניות ויבואניות המשקאות הקלים בישראל כהסדר כובל הותנה בתנאי דומה (ראו סעיף 4 ל"תנאים לפעילות תאגיד המחזור" כפי שאושרו במסגרת ה"ע (י-ם) 4445/01 שופרסל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (5.11.2001)). הוא הדין באישור שניתן לפעילותם של שני תאגידי ניהול משותף אחרים כהסדרים כובלים: הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (להלן: הפי"ל) (ראו: סעיף 11.3 ל"תנאים לפעילותה של הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ" כפי שאושרו במסגרת ה"ע (י-ם) 3574/00 הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (29.4.2004)) והפדרציה הישראלית לתקליטים ולקלטות (להלן: הפדרציה לתקליטים) (ראו: סעיף 13.3 לתנאים לפעילותה של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ" כפי שאושרו במסגרת ה"כ (י-ם) 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (3.2.2011) (להלן: פסק הדין בעניין הפדרציה לתקליטים)).

40. מן ההיבט של ההגנה על היוצרים, נראה שיש טעם בטענה בדבר החשיבות הנודעת להגנה על האינטרסים המשותפים של חברי אקו"ם בהתעלם מן ה"קבוצה" שאליה הם משתייכים. הדירקטורים מקרב הציבור יוכלו לתת ביטוי לאינטרסים "חוצי" קבוצות, שעניינם טובת כלל היוצרים במסגרת יחסיהם מול אקו"ם, להבדיל מטובתן של קבוצות יוצרים מסוימות בהשוואה לאחרות. זאת ועוד: מבלי לקבוע מסמרות, ניתן לומר שיש לכאורה טעם בטענה כי חשיבותו של מוסד הדירקטור מקרב הציבור גוברת דווקא בתאגיד שמתאפיין בבעלות מבוזרת ובהיעדרה של קבוצת שליטה מובהקת, כדוגמת אקו"ם. בעיית הנציג בחברות ממין זה מתאפיינת בפערי האינטרסים שבין ההנהלה לבין כלל בעלי המניות (בשונה מפערי אינטרסים בין בעל השליטה לבין בעלי מניות המיעוט, שאופייניים לחברות אשר בהן קבוצת שליטה מובהקת), ויש הרואים במינויים של דירקטורים מקרב הציבור מנגנון מרכזי להתמודדות עמה (ראו: חביב-סגל, בעמ' 438-439). ביטוי מובהק להבחנה זו נמצא בתוספת הראשונה לחוק החברות, הכולל הוראות מומלצות לממשל תאגידי בחברות ציבוריות. סעיף 1 לתוספת קובע את שיעורם המומלץ של דירקטורים בלתי תלויים, תוך הבחנה בין חברות שאין בהן קבוצת שליטה לבין חברות שיש בהן קבוצה כזו. ביחס לסוג החברות הראשון מורה הסעיף כי

רוב מקרב הדירקטורים יהיה בלתי תלוי, בעוד שביחס לסוג השני הוא מורה כי די בכך ששליש מן הדירקטורים יהיה בלתי תלוי.

41. זאת ועוד: אף אם נניח שמבנה הדירקטוריון הנוכחי של אקו"ם מייצג נאמנה את כלל היוצרים החברים בו, לכאורה אין במבנה זה ערובות לכך שההגנה עליהם תיעשה במבט כולל, המביא בחשבון גם את האינטרס הציבורי במובנו הרחב. אכן, חובת הנאמנות של דירקטור מקרב הציבור כלפי החברה אינה שונה, בבסיסה, מזו של דירקטור רגיל, במובן זה שאף הוא נדרש לפעול לטובתה (ראו: גרוס, בעמ' 406; השוו גם: ע"א 610/94 בוכבינדר נ' כונס הנכסים הרשמי, בפסקה 43 (11.5.2003)). אולם, ניתן להניח שהדירקטור מקרב הציבור יציג נקודת מבט אובייקטיבית ורחבה, שתהיה ערה יותר להשלכות הציבוריות של פעילות התאגיד.

42. מעבר לכך, כפי שכבר הוסבר, למינוים של דירקטורים מקרב הציבור נודעת חשיבות רבה גם בכל הנוגע להבטחת שיעור מינימאלי של דירקטורים בעלי כשירות ניהולית-מקצועית בדירקטוריון של אקו"ם. למעשה, גם אקו"ם עצמה הכירה ביתרונות הנודעים למינוים של דירקטורים מקרב הציבור מן ההיבט המקצועי, אף עובר לפסק דינו של בית הדין, ולפיכך נוסחו המעודכן של תקנון אקו"ם מחייב, כיום, מינוי של שניים כאלה. בכך נשחק במידת מה הפן העקרוני של המחלוקת, שהפכה, במובן מסוים, למחלוקת שעניינה היקף ומידה. בעניין זה אנו סבורים כי שיעור הדירקטורים שנקבע – שליש מכלל חברי הדירקטוריון – איננו מופרז או בלתי סביר, בשים לב לאופייה של אקו"ם כתאגיד שהבעלות בו מבוזרת, ובעיקר בהתחשב בחשש הקיים תמיד לניצול לרעה של הסדר כובל.

43. על דיון זה, שהוא דיון "פנימי" המתמקד בדיני התאגידים ובדיני ההגבלים העסקיים, ניתן להוסיף דיון "חיצוני" המבוסס על המשמעות שיש לפעילותם של גופים בעלי היבטים ציבוריים מנקודת מבטו של המשפט הציבורי. על-פי פסיקתו של בית משפט זה, תאגיד פרטי שיש בפעילותו היבטים ציבוריים מובהקים עשוי להיחשב גוף "דו-מהותי" שמעמדו זה מטיל עליו חובות נוספות החורגות מאלה שבהן היה חייב על-פי כללי המשפט הפרטי. אכן, יש להיזהר מהרחבת יתר של הקטגוריה של גופים דו-מהותיים על מנת שלא לשחוק את המשמעות של ההכרה במעמד ציבורי, ולא לטשטש את תחומי הגבול בין הספירה הפרטית לספירה הציבורית. כמו כן, בנסיבות העניין, לא מתחייבת הכרעה בשאלה האם יש לראות באקו"ם גוף דו-מהותי, וממילא לא נדרש דיון מלא באמות המידה להכרה בגוף כבעל אופי כזה. אולם, לא מיותר לשים לב לכך שפעילותה של אקו"ם מביאה לידי ביטוי רבים מן השיקולים שנזכרו בפסיקה



לצורך סיווגו של גוף כדו-מהותי. כך למשל, בעניין בג"ץ 731/86 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל בע"מ, פ"ד מא (2) 449 (1987) (להלן: עניין מיקרו דף) שבו נדונה שאלה זו לראשונה – בהקשר לפעילותה של חברת החשמל – השיקולים שהובאו בחשבון היו הפן המונופוליסטי בפעילותו של התאגיד, אופי המשאב שהוא מנהל וכן העובדה שהופקדו בידיו סמכויות סטטוטוריות. שיקולים אלה לא נזכרו כ"רשימה סגורה" ובהמשך הדרך הוכרו כדו-מהותיים גם גופים שלא התקיימו בהם כלל סממנים אלה, ולמצער, לא התקיימו בהם באותה עוצמה (ראו: ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464 (1992)). להרחבה, ראו: דפנה ברק-ארז משפט מינהלי כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 463-492 (2013)). בכל הנוגע לאקו"ם, ההיבט המונופוליסטי בפעילותה אינו שנוי במחלוקת. בישראל פועלים אמנם תאגידים נוספים לניהול משותף של זכויות, ובכלל זה הפי"ל והפדרציה לתקליטים, שכבר הוזכרו לעיל, אולם המוצר שהם מספקים – רישיונות לשידור והשמעה פומבית של רשומות קול – איננו מהווה תחליף למוצר שמספקת אקו"ם. כפי שציין הממונה בהכרזתו, אין לאקו"ם מתחרים ישירים בשוק הרלבנטי לתחום פעילותה, ואף על פי שמבחינה פורמאלית אין כמובן מניעה שיוצרים ינהלו את יצירותיהם בכוחות עצמם, מעטים מהם מוצאים דרך פעולה זו מעשית או משתלמת, כך שבפועל מצויות רוב-רובן של היצירות שמשולמים עבורן תמלוגים בישראל, בניהולה של אקו"ם. הוא הדין בהשלכות שיש למשאב המנוהל על-ידי אקו"ם על הציבור בכללותו. אמנם, רישיונות השימוש שמציעה אקו"ם נרכשים על ידי קבוצה מצומצמת יחסית של משתמשים, אולם עניינם של רישיונות אלה הוא בזכות להשמיע את היצירות לציבור (או להעמידן לרשותו בדרך אחרת) – ומכאן שהם משפיעים באופן עמוק על נגישותו של הציבור הרחב כולו ליצירות. במלים אחרות, ההיבט הציבורי בפעילותה של אקו"ם נובע גם מכך שהמוצר אותו היא מספקת איננו, למעשה, היצירות המוסיקליות עצמן, אלא מנגנון הניהול המשותף – אשר מקל על (ובמידה רבה מאפשר את) השמעתן הפומבית של אותן יצירות, ומהווה לפיכך מוצר בעל חשיבות ציבורית מובהקת. לבסוף, אקו"ם אינה מפעילה סמכויות סטטוטוריות, אך אישורו של ההסדר הכובל מפקיד בידיה כוח הנובע מהחלטה סטטוטורית בגדרו של חוק ההגבלים העסקיים. שיקולים אלה, גם אם לא די בהם על מנת להגדיר את אקו"ם כגוף דו-מהותי במובנו הרגיל של המושג (ובכך אין לנו, כאמור, צורך להכריע), זורים אור נוסף על ההצדקה העקרונית לדרישתו של הממונה בנסיבות המקרה דנן. אכן, מינויים של דירקטורים מן הציבור אינו נחשב, ברגיל, לאחת מן החובות המוטלות על גוף דו-מהותי. אולם, העובדה שאקו"ם מהווה גוף החייב בחובות יתרות כלפי הציבור יכולה לשמש שיקול במסגרת הפעלת סמכותו של הממונה על ההגבלים העסקיים בעת התנייתו של הסדר כובל בתנאים.

44. התנאי האחר שעמד במוקד ההתדיינות שבפנינו היה, כאמור, זה שעניינו מנגנון החרגת הזכויות. ביסודה של המחלוקת עמדו שתי שאלות: ראשית, האם הדרישה להסכמת כל השותפים ביצירה לצורך החרגתה מפרטואר היצירות של אקו"ם היא מוצדקת, או שמא כוח זה צריך להיות מסור בידי כל אחד ואחד מן היוצרים לבדו? שנית, עד כמה עדין ומדויק צריך להיות מנגנון ה"פילוח" במסגרת אפשרות ההחרגה, מבחינת ההבחנה בין סוגים שונים של שימושים ביצירה? נבחר שאלות אלה להלן.

מנגנון החרגת הזכויות: הסכמת כל היוצרים או זכות אישית?

45. הדרישה לכך שהחרגתה של יצירה תהיה מותנית בהסכמת כל היוצרים מטילה לכאורה מגבלה על זכותו של כל אחד מן היוצרים לשלוט בפרי יצירתו. מטעם זה נמתחה עליה ביקורת על-ידי EMI ישראל ועננה. מנגד, עמדתם של הממונה ואקו"ם היא שהתניית ההחרגה בהסכמתם של יתר בעלי הזכויות הכרחית לשם הגנה על המשתמשים והיוצרים כאחד. הטענה המרכזית בכל הנוגע להגנה על המשתמשים נוגעת לחשש שיכולת החרגה "ליברלית" שתיתן זכות עצמאית כאמור לכל אחד ואחד מן השותפים ביצירה, תפגע ביכולתה של אקו"ם להציע רישיונות גורפים, וכך תערער את ההצדקה העקרונית לקיומה, מנקודת ראותו של האינטרס הציבורי. בכל הנוגע להגנה על היוצרים, נטען כי היכולת להחריג זכויות ביצירה ללא הסכמתם של יתר השותפים בה תעודד שימוש אופורטוניסטי בכוח זה על-ידי יוצרים "חזקים", על חשבון השותפים האחרים באותה יצירה. אקו"ם הטעימה בהקשר זה שאם תינתן רשות לכל יוצר-שותף ביצירה להחריג את זכויותיו מהפרטואר שלה ללא הסכמת יתר היוצרים, יהיה בכך משום מתן זכות וטו לאותו יוצר למנוע עשיית שימוש ביצירות גם ממי שיתר היוצרים מעוניינים לתת לו את רשותם. אקו"ם הוסיפה והדגישה כי מקום שבו הזכויות ביצירה מוקנות למספר יוצרים לעולם ניתן יהיה לדבר במונחי וטו, והשאלה האמיתית תהיה רק מהי זכות הוטו שנזקה פחות: זכות הוטו של היוצר המבקש למנוע את החרגת היצירה ולהותירה בתוך פרטואר היצירות של אקו"ם או זכות הוטו של היוצר-המחריג למנוע כל שימוש ביצירה בניגוד לעמדת יתר היוצרים. לשיטתה, האפשרות הראשונה עדיפה לאין ערוך. לאחר שבחנו את הדברים הגענו לכלל מסקנה כי עמדתם של הממונה ואקו"ם מקובלות עלינו בעניין זה.

46. אנו מקבלים כנקודת מוצא לדיוננו את ההנחה (הסבירה) שיצירות מן הסוג שאותן מנהלת אקו"ם הן, לעיתים קרובות, כאלו שהזכויות בהן נחלקות בין יוצרים

אחדים. ניתן להדגים את הדברים בפשטות באמצעות התייחסות למקרה טיפוסי של שיר. בהתאם לדיני זכויות היוצרים מורכב כל שיר ממספר יצירות עצמאיות שהזכויות בהן מוקנות ליוצרים שונים – מילות השיר הן יצירה ספרותית בבעלות התמלילן; הלחן הוא יצירה מוסיקלית בבעלותו של המלחין, וכן הלאה. לא זו אף זו: יש גם שמלחינים אחדים או תמלילנים אחדים חוברים לתהליך יצירה משותף, ובמקרה כזה מתרחב עוד יותר מעגל בעלי הזכויות. נוכח מצב דברים זה, נקל לכאורה להבין את טרוניותיהן של EMI ישראל ועננה: התניית אפשרות ההחרגה בהסכמתם של כלל בעלי הזכויות תכביד, ללא ספק, על היוצר הבודד המבקש להחריג את יצירתו. ואולם, בכך לא סגי. השאלה שניצבה בפנינו היא האם מדובר בהכבדה מוצדקת, בשים לב לתכליותיו של ההיתר הקבוע – ועל שאלה זו אנו עונים בחיוב.

47. לצורך דיון בשאלה זו יש לחזור לטעמים המקוריים שהולידו את שיטת ניהול הזכויות באמצעות תאגיד כמו אקו"ם. הכלי החשוב ביותר העומד לרשותה של אקו"ם בניהול המשותף של הזכויות הוא הענקת רישיון גורף מן הסוג המכונה "רישיון שמיכה", אשר יתרונותיו מן ההיבט של חיסכון בעלויות עסקה הם הטעם העיקרי המכשיר את פעילותה של אקו"ם, חרף הבעייתיות הכרוכה בה מהיבטם של דיני ההגבלים העסקיים. הרחבת האפשרות להחריג זכויות מניהולה של אקו"ם תפגע, מטבע הדברים, ביכולתה להציע רישיונות שמיכה, וכך למעשה תקטין את התועלת הציבורית הנשקפת מפעילותה כהסדר כובל; הרחבת יתר של אפשרות זו תפגע בתועלת הציבורית הנשקפת מפעילותה במידה כזו שלא ניתן יהיה לומר עוד, בהכרח, שתועלת זו עולה באופן ממשי על הנזקים העלולים להיגרם לאינטרס הציבורי כתוצאה מפעילותו של ההסדר הכובל. לאחר ששקלנו את הדברים, השתכנענו כי מתן "זכות החרגה" אישית לכל יוצר יעלה כדי הרחבת יתר מהסוג המתואר. בהתחשב במבנה הבעלות הטיפוסי ביצירה מוסיקלית, אפשרות החרגה שאינה מותנית בהסכמתם של יתר בעלי הזכויות ביצירה משמעה, הלכה למעשה, מתן כוח בידי יוצר יחיד, יהא חלקו ביצירה אשר יהא, להחריג את היצירה כולה ממשטר רישיונות השמיכה של אקו"ם. כך, משתמש שיבקש לעשות ביצירה זו שימוש כדין ייאלץ לשאת ולתת עם היוצר המחריג, בנוסף לרכישתו של הרישיון הגורף מאקו"ם. מצב דברים זה יצמצם עד מאוד את התועלת הגלומה בהסדר הכובל עבור ציבור המשתמשים, עד כדי העלאת ספק באשר להתקיימות התנאי שההסדר יהיה "לטובת הציבור", כנדרש לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, בכל מקרה שבו ניתן אישור להסדר כובל.

48. יתרה מכך – קבלת העמדה לפיה לא נדרשת הסכמת כל הבעלים המשותפים ביצירה לשם החרגתה הייתה מעוררת קשיים גם מן ההיבט של היחסים בין היוצרים

לבין עצמם, מאחר שהיא יכולה הייתה לאפשר ניצול אופורטוניסטי של יכולת ההחרגה על-ידי חלק מהיוצרים – לא אחת, ה"חזקים" שבהם – על חשבונם של יתר בעלי הזכויות ביצירה. חשש זה עלול למצוא את ביטויו במצבים שבהם המשתמש רכש כבר את מרבית זכויות השימוש ביצירה באמצעות רישיון שמיכה ונזקק רק "להשלים" גם את הזכות המוחרגת. מקרים מסוג זה עלולים לעורר תופעות של "סחטנות" ו"טרמפזם", כך שבעל הזכות הנותר ידרוש בגין חלקו דמי שימוש גבוהים במיוחד. על הבעייתיות של מצב דברים זה מנקודת מבטו של המשתמש כבר עמדנו. אולם, לאמיתו של דבר, הבעייתיות קיימת גם מן הפרספקטיבה של יצירת רווח עודף ליוצר המחריג על חשבונם של יתר בעלי הזכויות ביצירה. קושי זה מתחדד בשים לב לכך שהיכולת להחריג זכויות מניהולה של אקו"ם – בהתחשב במורכבות הכרוכה בניהול משא ומתן פרטני עם משתמשים – תעמוד בעיקר לימנם של בעלי זכויות חזקים, כדוגמת מו"לים גדולים, להבדיל מיוצרים בודדים ועצמאיים.

49. יש להעיר, כי עד כה השתמשנו במונח "בעלות משותפת" על מנת לתאר את כל המקרים שבהם הזכויות בשיר מסוים נחלקות בין יוצרים אחדים, למרות שלאמיתו של דבר, ניתן לכאורה להבחין בין שני מודלים של בעלות משותפת. המודל האחד, זה של "בעלות משותפת בחלקים בלתי מסוימים", מתייחס למקרה שבו שני יוצרים או יותר פעלו יחדיו, באופן שלא ניתן להבחין בחלקו של כל אחד מהם ביצירה המוגמרת. במקרה כזה מדובר ב"יצירה משותפת" כמשמעה בסעיף 1 לחוק זכויות יוצרים. המודל האחר, זה של "בעלות משותפת בחלקים מסוימים", עניינו במצב דברים שבו תוצר מוגמר, כגון שיר, מורכב למעשה ממספר יחידות שכל אחת מהן נוצרה בידי יוצר אחר, ומהווה יצירה מוגנת בפני עצמה (כך למשל מילות השיר המילים, שחוברו בידי יוצר אחד, מהוות יצירה ספרותית; ואילו הלחן, שחובר בידי יוצר אחר, מהווה יצירה מוסיקלית). היוצרים במקרה כזה אינם נחשבים לבעלים במשותף לפי חוק זכויות יוצרים, אם כי מבחינה מהותית כוללים היחסים ביניהם יסוד חזק של שיתוף. מעניין להעיר, בהקשר זה, כי חוק זכויות היוצרים האמריקני אמנם מבחין בין יצירה שהיא משותפת משום שחלקיהם של היוצרים השונים בה לא ניתנים להפרדה (inseparable) לבין יצירה שהיא משותפת משום שחלקיהם של היוצרים השונים בה תלויים זה בזה (interdependent), אך שני המצבים נכללים בגדרו של המונח "יצירה משותפת" (ראו: MELVILLE B. NIMMER & DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT § 6.4 (2002) (להלן: NIMMER)). כך או כך, לצורך הדיון הנוכחי שעניינו יכולתם של יוצרים להחריג זכויות מניהולה של אקו"ם אין לנו צורך להידרש להבחנה זו. בשני המקרים פיצול הטיפול בהרשאות יציב מכשולים מעשיים על דרכו של השימוש ביצירה המשותפת.

50. למעשה, המחלוקת שהתגלעה בפנינו נובעת לא רק מן השוני באינטרסים שאותם מייצגים הצדדים השונים, אלא גם מכך שחוק זכויות יוצרים אינו נדרש באופן מפורש להסדרת השאלות שמעוררת בעלות משותפת ביצירה (ראו: מיכאל בירנהק "קריאה תרבותית: החוק ושדה היצירה" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים 83, 105-106 (מיכאל בירנהק וגיא פסח עורכים, 2009) (להלן: בירנהק); גלעד וקסלמן "היצירה התאגידית והיצירה השיתופית" יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכויות יוצרים 167, 177-178 (2009) (להלן: וקסלמן)). השוו גם: Margaret Chon, *New Wine Bursting from Old Bottles: Collaborative Internet Art, Joint Works, and Entrepreneurship*, 75 OR. L. REV. 257 (1996). למעשה, ההסדר היחיד המופיע בחוק לגבי יצירה משותפת (כמשמעה בסעיף 1) נוגע לכך שתקופת ההגנה על היצירה נמדדת לפי חיי היוצר שהאריך ימים מבין היוצרים במשותף בתוספת שבעים שנה (סעיף 39 לחוק זכויות יוצרים).

51. על כך יש להוסיף, כי גם הפניה לניסיון של שיטות משפט זרות אינה מניבה תשובה חד-משמעית, בהתחשב בריבוי הגישות האפשריות לסוגיה. כך למשל, הדין בארצות הברית מקנה לכל אחד מבעלי הזכויות ביצירה, בכפוף למגבלות מסוימות, את הזכות העצמאית להתיר את השימוש ביצירה אף ללא הסכמתם של יתר בעלי הזכויות, ובלבד שחלקם היחסי ברווח המופק מהיצירה ישתלם לידיהם (ראו: § 6.10 NIMMER; Russ VerSteeg, *Intent, Originality, Creativity and Joint Authorship* 68 BROOKLYN L. REV. 123, 149-150 (2002)). לעומת זאת, בהתאם לגישה הנהוגה בדין האנגלי, נדרשת הסכמתם של כלל בעלי הזכויות ביצירה מסוימת על מנת להתיר את השימוש בה (ראו: Copyright, Design and Patents Act 1988, section 173(2). כן ראו: COPINGER, בעמ' 334). לצורך ההכרעה שבפנינו, עלינו להיות ערים לכך שהשוני והגיוון הקיימים בגישות העקרוניות ביחס לסוגיה של ניהול זכויות יוצרים בבעלות משותפת מעידים על מורכבותו הרבה של הנושא, כמו גם על כך שההכרה בזכויותיהם הקנייניות של היוצרים אינה מנציחה כשלעצמה תוצאה מסוימת.

52. משלא קיימת הסדרה ספציפית של סוגית הבעלות המשותפת בזכויות יוצרים בחוק זכויות יוצרים עצמו, ניתן להיעזר בהסדרים חקוקים שעניינם שיתוף בזכויות קניין בהקשרים אחרים. הסדר מפורט מסוג זה קיים בכל הנוגע לשיתוף במקרקעין, בסעיפים 27-36 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969 (להלן: חוק המקרקעין). לפי סעיף 9(ה) לחוק המיטלטלין, התשל"א-1971 (להלן: חוק המיטלטלין) חלים ההסדרים הנוגעים לשיתוף במקרקעין, בעיקרם, גם על שיתוף במיטלטלין, "באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף", ומכוח סעיף 13(א) לחוק המיטלטלין חלים הסדרים אלה גם על

בעלות משותפת ב"זכויות". עם זאת, הפנייה לחוק המקרקעין בשאלה של המשטר המשפטי החל על בעלות משותפת בזכויות יוצרים צריכה להיעשות בזהירות. כפי שציין פרופ' מיכאל בירנהק:

"גם אם נקבע מודל של שיתוף בבעלות, ניתן לעצב את המוסד החברתי-המשפטי בדרכים מגוונות. קשת האפשרויות המשפטיות נעה החל בניהול המבוסס על החלטות של כל השותפים, המשך בניהול המבוסס על הסכמה וכלה בחירות שימוש לכל יוצר. הבחירה בנקודה המתאימה צריכה להיות מושפעת מהבנת הדין בנוגע לתהליך היצירה ובנוגע להתייחסות-הגומלין שבין היוצרים המשותפים, בין כל אחד מהם לבין היצירה או בכל מקום אחר במרחב שבו היצירה ומשמעותה נוצרות" (בירנהק, בעמ' 106).

בדומה לכך, כתב גם ד"ר גלעד וקסלמן:

"יצירה שיתופית מעוררת בעיות מסוג שונה בהשוואה לשיתוף במשאבים מוחשיים, ועל-כן יישום הדוקטרינות הקיימות בשיתוף במשאבים מוחשיים על השיתוף ביצירה משותפת אינו ראוי ואינו מתאים. דוקטרינות אלה אינן מספקות את הפתרונות הדרושים לשיתוף ביצירה משותפת. המסקנה הנובעת מכך היא שיש מקום לאימוץ תפיסה רחבה ושונה של תהליך היצירה השיתופית, ולא תפיסה המושפעת מהמודל הפרטי-הרכושי" (וקסלמן, בעמ' 178).

53. כך או אחרת, בטרם נבקש להקיש מהסדרי השיתוף במקרקעין לענייננו, חשוב להדגיש כי איננו נדרשים לשאלת המשטר המשפטי החל על יחסיהם של בעלים במשותף ביצירה כשאלה העומדת בפני עצמה. שאלת הבעלות המשותפת צריכה להיבחן, בענייננו, אך ורק בהקשר המסוים של ניהול יצירה משותפת על-ידי תאגיד לניהול משותף כדוגמת אקו"ם – ניהול אשר מעצם טיבו חורג מכללי ברירת המחדל החלים על בעלות משותפת ביצירה. בנסיבות אלה, ממילא הפנייה להסדרים הקיימים בדיון לגבי ניהולן של זכויות משותפות אמורה לשמש כמסגרת התייחסות ונקודת מוצא לדיון בלבד.

54. ההסדר הקבוע בחוק המקרקעין בעניין שיתוף מבוסס על תפיסה של ניהול בהחלטת רוב, להוציא עניינים החורגים מניהול ושימוש רגילים, שבהם נדרשת הסכמה פה אחד. סעיף 30 לחוק המקרקעין קובע בעניין זה כך:

"(א) בעלי רוב החלקים במקרקעין המשותפים רשאים לקבוע כל דבר הנוגע לניהול הרגיל של המקרקעין ולשימוש הרגיל בהם.  
 (ב) שותף הרואה עצמו מקופח מקביעה לפי סעיף קטן (א) רשאי לפנות לבית המשפט בבקשת הוראות, ובית המשפט יחליט כפי שנראה לו צודק ויעיל בנסיבות הענין.  
 (ג) דבר החורג מניהול או משימוש רגילים טעון הסכמת כל השותפים".

55. השותפים במקרקעין יכולים להסכים על שיטה אחרת לניהול זכויותיהם, אך כאמור בסעיף 29 לחוק המקרקעין, זהו ההסדר שחל "באין הוראות אחרות בהסכם שיתוף" (סעיף-קטן (ג)) (ראו עוד: ע"א 810/82 זול בו בע"מ נ' זיידה, פ"ד לז(4) 737 (1983); ע"א 663/87 נתן נ' גרינר, פ"ד מה(1) 104 (1990)).

56. בד בבד, סעיף 31(א)(1) לחוק המקרקעין קובע כי כל בעלים במשותף רשאי, ללא הסכמת יתר השותפים, להשתמש בנכס המשותף שימוש סביר, ובלבד שלא ימנע שימוש כזה משותף אחר. לשון אחרת: אף אחד מהבעלים בנכס מקרקעין משותף אינו רשאי למנוע משותפו שימוש בנכס, כל עוד מדובר בשימוש סביר.

57. מה ניתן ללמוד מהסדרים אלה לענייננו? החלתו של ההסדר הקבוע בסעיף 30, בשינויים המחויבים, מובילה למסקנה כי דרישה להחלטה "פה אחד" היא דרישה ראויה ככל שמדובר בחריגה מניהול או שימוש רגילים. יש אפוא מקום לטענה, כי ניהול זכויות יוצרים באמצעות גוף כדוגמת אקו"ם היא הדרך המקובלת והנוהגת בעולם כולו לניהול זכויותיהם של יוצרים בודדים, ולכן חריגה מהסדר זה מהווה החלטה "מיוחדת" שמצויה מחוץ למציאות הרגילה והשוטפת של ניהול זכויות – וצריכה לפיכך להתקבל פה-אחד, ממש כפי שמורים התנאים שאושרו.

58. אכן, כפי שצוין לעיל, השיקולים הנוגעים לשיתוף במקרקעין אינם יפים בהכרח לשיתוף בזכויות יוצרים. כך למשל, את ההסדר שבחוק המקרקעין ניתן לראות כהסדר ש"עוין" מצב של שיתוף, מתוך הכרה בכך ששיתוף במקרקעין יכול להכביד על ניהולם באופן יעיל. על כן, לפי סעיף 37 לחוק המקרקעין, "כל שותף במקרקעין משותפים זכאי בכל עת לדרוש פירוק השיתוף". לעומת זאת, שיתוף בזכויות יוצרים אינו מצב "פתולוגי". אדרבה, תהליך היצירה כרוך לא אחת בשיתוף – עקיף או ישיר – בין כמה יוצרים, ופירוק השותפות לא צריך להיחשב רצוי מבחינה חברתית. הוא אף צפוי להיות קשה יותר מפירוקו של שיתוף במקרקעין, ככל שמדובר בהערכת שווי היצירה לצורך רכישת חלקו של אחד השותפים. על כן, וכפי שכבר ציינו, ההיקש מחוק

המקרקעין צריך להיעשות בכל הזהירות הראויה. אולם, גם כאשר מובא בחשבון השוני בין שיתוף במקרקעין לבין בעלות משותפת ביצירה, דומה שהדרישה להסכמה פה אחד לצורך מנגנון ההחרגה היא דרישה ראויה. דווקא משום ששיתוף ביצירה הוא מצב "טבעי" וטיפוסי ליצירות רבות, יש מקום לחשוש ממנגנון החרגה שיהיה מבוסס על זכות פעולה לכל אחד מן היוצרים, תוך חיזוק מעמדם של היוצרים החזקים והערמת מכשולים על נגישות ציבורית ליצירות, כמוסבר להלן.

59. בחינתו של הכלל בדבר שימוש סביר במקרקעין משותפים מובילה גם היא לכאורה למסקנה דומה. בהיקש מסעיף 31(א)(1) לחוק המקרקעין ניתן ללמוד כי הותרת היצירה בניהולה של אקו"ם מהווה שימוש סביר בה, בהתחשב בכך שמדובר בדרך המקובלת והנפוצה לגביית תמלוגים. לפי היגיון דברים זה, אין כמדומה הצדקה לאמץ מנגנון החרגה אשר מאפשר ליוצר-שותף המעוניין בכך למנוע משותפו את השימוש הסביר ביצירה, על ידי החרגתה ממאגר הניהול המשותף.

60. יש לציין, כי בית משפט זה נדרש בעבר לשאלה של שיתוף פעולה בין בעלים במשותף של יצירה, במסגרת ע"א 1567/99 סיוון נ' שפר, פ"ד נז(2) 913 (2003) (להלן: עניין סיוון). בנסיבותיו של אותו עניין, הוכרה זכותו של כל אחד מהשותפים בעלי הזכויות ביצירה לבטל חוזה שנעשה בקשר לשימוש בזכויות, במקרה שבו חוזה זה הופר. האם יש ללמוד מכך שגם בענייננו ראוי לאפשר לכל אחד מן השותפים בזכות היוצרים להחליט באופן יחידני על החרגה? חרף הדמיון הלכאורי בין המצבים, לאמיתו של דבר, הם אינם דומים כלל ועיקר, ובהתאם לכך אף התשובה צריכה להיות שונה. בעניין סיוון נדונה השאלה של ביטול חוזה עקב הפרתו, וממילא ניתן היה לסמוך על העיקרון לפיו מי שהופרה זכותו רשאי שלא למחול על ההפרה. תוצאה זו נתמכת בשיקולים שמקורם בדיני החיובים, ובפרט בסוגיה של ריבוי נושים. לעומת זאת, בענייננו, השאלה נשאלת לצורך התווייתם של כללי ניהול במצב הדברים הרגיל, ובהעדר טענה להפרה. השיקולים הנוגעים לעניין הם שונים, וכך גם התוצאה שהם מכתיבים. לאמיתו של דבר, גם בית המשפט עצמו בעניין סיוון הבחין היטב בין שתי השאלות. למעשה, הוא ציין שאינו מכריע בשאלה של שימוש חד-צדדי בזכות היוצרים ביצירה משותפת, שהיא הרלוונטית יותר לענייננו, ואף הוסיף וציין כי קיומו של סעיף 31(א)(1) לחוק המקרקעין מאפשר לכאורה את אימוצה של גישה גמישה בנושא (עניין סיוון, בעמ' 942).

61. במבט רחב יותר, דומה כי העמדה שהוצגה בפנינו על-ידי EMI ישראל ועננה אינה נותנת משקל ראוי לשיקולים שעניינם השפעתן של עלויות עסקה גבוהות



וסחטנות בניהולם של משאבים שבהם יש ריבוי בעלויות, תופעה שזכתה לכינוי "הטרגדיה של הרכוש האנטי-משותף" (Tragedy of the Anti-commons) לצידו של המונח הידוע יותר "הטרגדיה של הרכוש המשותף" או "הטרגדיה של נחלת הכלל" (Tragedy of the Commons) (ראו באופן כללי: Michael Heller, *The Tragedy of the Commons*, 111 HARV. L. REV. 621 (1998); James Buchanan & Yong J. Yoon, *Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons*, 43 J. L. & ECON. 1 (2000)). אכן, מנגנון ההחרגה המצומצם שאישר בית הדין נראה כמותאם יותר להתמודדות עם תופעות אלו. בהקשר של בעלות משותפת בזכויות יוצרים, מתבטאת "הטרגדיה של מה שאינו נחלת הכלל" בחשש לניצול תת-אופטימאלי של היצירה כתוצאה מהתנהלות לא מתואמת של בעלי הזכויות בה. במשטר משפטי שבו רישיון לשימוש ביצירה מסוימת מצריך את הסכמתם של כלל בעלי הזכויות בה עשוי כל אחד מבעלי הזכויות לפעול למקסום רווחיו שלו מהיצירה באמצעות דרישת מחיר גבוה תמורת הסמכתו לשימוש בה, מבלי לתת את הדעת על ההחצנות השליליות שיש להתנהגותו זו ביחס לשאר בעלי הזכויות. בסופו של דבר, יתקשו רבים מהמשתמשים לעמוד במחיר הכולל הנדרש מהם, והיקף השימוש ביצירה יצטמצם, תוך פגיעה הן ביוצרים-השותפים והן בציבור, שנגישותו ליצירה הוגבלת. מקובל לסבור כי פתרון של בעיה זו הוא אחד מהיתרונות המרכזיים הגלומים בפעילותם של תאגידים לניהול משותף (ראו: כץ, בעמ' 561; Francesco Parisi & Ben Depoorter, *The Market for Intellectual Property: The Case of Complementary Oligopoly*, in THE ECONOMICS OF COPYRIGHT 162, 168-169 (Wendy J. Gordon & Richard Watt eds. 2003) (להלן: Parisi & Depoorter)). מאחר שההתמודדות עם כשלי השוק הנלווים לבעלות משותפת בזכויות יוצרים היא אחד היתרונות המצדיקים את פעילותם המונופוליסטית של תאגידים כדוגמת אקו"ם, נודעת חשיבות רבה לעיצובו של מנגנון החרגה אשר לא יסכל יתרון זה באמצעות הקניית זכות "וטו" לכל יוצר-שותף המבקש למנוע את השימוש ביצירה המשותפת.

62. בסופו של יום, אף בגדרו של משטר ההחרגה המצומצם תעמוד ליוצרים-השותפים האפשרות להסדיר מראש, באופן חוזי, את היקף הסכמותיהם באשר להחרגת היצירה מהניהול המשותף. למעשה, משטר ההחרגה המצומצם קובע רק את ברירת המחדל בנוגע להכללתה של יצירה משותפת במאגר היצירות המנוהל בידי אקו"ם. ככל שיוצרים ירצו להסדיר באופן שונה את מנגנוני קבלת ההחלטות בנוגע לניהולן של יצירות משותפות, הם יהיו חופשיים לעשות כן. יש להניח כי הסדרה כזו, שתתבצע מבעוד מועד ולפני שמי מהצדדים נמצא בעמדה שיש עמה פוטנציאל לסחטנות או ל"טרמפזים", תסייע בצמצומם של קשיי התיאום שעליהם הצביעו EMI ישראל ועננה

בכל הנוגע להשגת ההסכמות הנדרשות לשם החרגתה של יצירה משותפת. לנוכח כל האמור, ברירת המחדל שנקבעה – לפיה בהעדר הסכם אחר בין בעלי הזכויות ביצירה משותפת תידרש הסכמת כולם כדי להוציאה מניהולה בידי אקו"ם – היא ראויה.

מנגנון החרגת הזכויות: מידת הפילוח ושאלת ההבחנה בין מדיה ישנה למדיה חדשה

63. כפי שצוין לעיל, טענותיהן של EMI ישראל ועננה נסבו גם על כך ש"חבילות ההחרגה" שהוגדרו בתנאי ההיתר הקבוע אינן מבחינות בין שימושים לצורך "מדיה ישנה" לבין שימושים לצורך "מדיה חדשה". עננה חזרה בעניין זה על טיעוניה בבית הדין בעניין הפגיעה ביכולתם של יוצרים למצות את מלוא הפוטנציאל הכלכלי הגלום ביצירותיהם על ידי החרגתן מניהולה של אקו"ם בכל הנוגע ל"מדיה חדשה" בלבד, וכן בעניין הפגיעה שנגרמה לה עצמה, לאחר שהסתמכה לכאורה על מנגנון ההחרגות הקודם בכדי להחריג זכויות שאותן תיאלץ עתה להשיב לניהולה של אקו"ם.

64. לעומת זאת, הממונה ואקו"ם טענו בפנינו שפיצול ההרשאות הנדרשות לשימוש ביצירות לפי סוגי מדיה יאפשר לחברי אקו"ם לנצל לרעה את כוחם כלפי המשתמשים, על ידי כך שיכפו עליהם רכישת שימושים פרטניים (כגון שימוש ביצירה בפלטפורמה סולארית) בנוסף לתשלום הכללי תמורת הרישיון שניתן באמצעות אקו"ם. אקו"ם ציינה, בנוסף לכך, כי אימוצו של משטר החרגות "ליבראלי" אשר מאפשר "פילוח" מדויק של השימושים המוחרגים בכל יצירה יהיה כרוך בהכבדה משמעותית, לוגיסטית וכספית, על יכולתה לנהל את זכויות היוצרים שבמאגר שלה.

65. ההכרעה בין העמדות היריבות בעניין זה התגלתה כמורכבת יותר מכפי שהעלו טענותיהם של הצדדים. לאמיתו של דבר, כפי שנסביר בהמשך, שתי העמדות גם יחד הן עמדות קיצון, שנמנעו מהתמודדות מלאה עם הקשיים הטמונים בהן. אשר על כן, בעת הזו, אנו סבורים שיש לאשר את מנגנון ההחרגה כפי שאושר על-ידי בית הדין, בכפוף לכך שהשאלה של החרגת "מדיה חדשה" – בתנאים ובמגבלות – תיבחן באופן מקיף לקראת הדיון בחידוש האישור שניתן להסדר הכובל. להלן נסביר את עמדתנו זו.

66. מנגנון ההחרגה הנוכחי, כפי שהוא בא לידי ביטוי בסעיף 2.3 לתנאי ההיתר הקבוע, מאפשר ליוצר להחריג את זכויותיו באופן מלא, בהתייחס לכלל השימושים האפשריים בהן. כמו כן, הוא מאפשר להחריג את הזכויות בהתייחס לחלק מהשימושים בלבד, אולם זאת רק בהתאם לאחת מארבע חלופות – הן "חבילות ההחרגה" העומדות במוקד הדיון. מפאת חשיבותן, נביא אותן כאן במלואן:

2.3.1" החרגת הזכויות לשידור אודיו-ויזואלי, לרבות סינכרוניזציה והקלטה לצרכי שידור כאמור, ולרבות מתן שירותים אינטראקטיביים ו/או on demand וכל שירות דומה, לרבות באמצעות טלוויזיה אינטרנט, טלפוןיה או רט"ן.

2.3.2 החרגה של זכויות השידור באמצעי אודיו לרבות הקלטה לצרכי שידור כאמור, ולרבות מתן שירותים אינטראקטיביים ו/או on demand וכל שירות דומה, לרבות באמצעות טלוויזיה אינטרנט, טלפוןיה או רט"ן.

2.3.3 החרגה של זכות ההעתקה. למען הסר ספק, יובהר כי החרגת זכות ההעתקה אינה כוללת את זכות ההעתקה לצרכי שידור.

2.3.4 החרגה של זכות ההטבעה ו/או ההקלטה. למען הסר ספק, יובהר כי החרגת זכות ההטבעה ו/או ההקלטה אינה כוללת את זכות ההטבעה ו/או ההקלטה לצרכי שידור.

67. החלופות העומדות במרכזה של מחלוקת זו הן הראשונה והשנייה (ובמידה מוגבלת יותר גם החלופה הרביעית, ככל שהשימוש בזכות ההעתקה מיועד לשילוב יצירה מוסיקלית בתוך פס-קול של יצירה אור-קולית). חלופות אלו עוסקות בסוגי השימושים שיש בהם כדי להעמיד את היצירה לרשותו של ציבור הרחב – שידורה בטלוויזיה או ברדיו, הנגשתה באמצעות הטכנולוגיה המכונה "הזרמת מדיה" (streaming), אשר מאפשרת לצפות או להאזין לתכנים באמצעות האינטרנט מבלי ליצור עותק של המידע במחשבו של המשתמש, וכיוצא בכך. ההבחנה העיקרית שאותה עושה מנגנון ההחרגה בהקשר זה היא ההבחנה שבין הצגת היצירה באמצעים אודיו-ויזואליים לבין הצגתה באמצעים קוליים בלבד. כך למשל, במצב הדברים הנוכחי יכול יוצר להיות מיוצג על-ידי אקו"ם לצורך השמעת שירים ברדיו, אך לא לצורך שימוש בהם במתכונת של תכנים טלוויזיוניים.

68. לכאורה, הגנה מרבית על זכויותיו של היוצר ועל האינטרסים הכלכליים שלו הייתה צריכה לאפשר לכל יוצר לקבל החלטות החרגה ספציפיות ככל האפשר – אף תוך התייחסות ליצירה מסוימת בהקשר לשימוש מסוים. ברוח זו, מנגנון ההחרגה הנוכחי של אקו"ם מאפשר, כאמור, "פילוח" מוגבל לפי סוגי שימוש. אולם, נטען בפנינו כי אין בו די. המחלוקת בין הצדדים נסבה על מידת הדיוק הנדרשת בפילוח. בעוד שמנגנון הפילוח הנוכחי מבחין בעיקרו של דבר בין שימושים קוליים לבין

שימושים אודיו-ויזואליים, מבקשת EMI ישראל (בתמיכתה של עננה) להוסיף ולהבחין גם בין שימוש במסגרת "מדיה ישנה" – כגון טלוויזיה ורדיו – לבין שימוש במסגרת "מדיה חדשה" – כגון שירותי אינטרנט וטלפון סלולארי. עמדה זו הוצגה בפנינו כמתחייבת מן ההתקדמות הטכנולוגית ופריצת ערוצים חדשים לשימוש ביצירות, כמו גם מההגנה על הפררוגטיבה של היוצר בניהול היצירות שבבעלותו. אולם, כפי שנבהיר בהמשך, היא מעוררת קשיים עקרוניים ומעשיים, שבגינם אין לאמץ אותה בעת הזו במתכונת שבה הוצגה בפנינו.

69. נקדים ונאמר, כי גם לשאלה של החרגת "מדיה חדשה" יש להידרש קודם כול לאורן של שתי נקודות המבט המעצבות את הדיון כולו – זו של דיני זכויות היוצרים וזו של דיני ההגבלים העסקיים. אולם, בהקשר זה, חשוב להזכיר נקודת מבט נוספת, זו הנוגעת לממשק של משפט טכנולוגיה ומתמקדת בהתאמתה של המסגרת המשפטית להתפתחויות טכנולוגיות כמו גם להשלכות שיש למסגרת המשפטית על התפתחות טכנולוגית עתידית, לחיוב או לשלילה (ראו והשוו: Dotan Oliar, *The Copyright Innovation Tradeoff: Property Rules, Liability Rules, and Intentional Infliction of Harm*, 64 STAN. L. REV. 951 (2012)).

70. בפתח הדברים, יש לתת את הדעת על כך שהאפשרות להחרגה של "מדיה חדשה" אותה מבקשת לאמץ EMI ישראל נשענת, בעיקרו של דבר, על הבחנה טכנולוגית בין פלטפורמות תקשורת "ישנות" ו"חדשות". זוהי הבחנה רווית קשיים. עולם התקשורת מתאפיין בהתפתחות טכנולוגית מהירה ותמידית. חשוב מכך, ההיבט הטכנולוגי של תחום זה מתאפיין בתופעה המכונה לעתים בשם "קריסת טכנולוגיות": עם התפתחות הטכנולוגיה מתמוטטות בהדרגה החומות המפרידות בין פלטפורמות התקשורת השונות וטכנולוגיות מסוגים שונים "קורסות" זו אל תוך זו, תוך יצירת ממשקים חדשים. כך למשל, סרט קולנוע שהופץ ברשת האינטרנט זמין לצפייה גם באמצעות מכשיר טלפון סלולארי "חכם", ואילו תחנות רדיו מסורתיות משדרות שירים ותכניות גם באמצעות טכנולוגיית streaming באינטרנט. במציאות טכנולוגית זו, ההבחנה בין "מדיה ישנה" לבין "מדיה חדשה" היא איננה דיכוטומית-בינארית ואף איננה קבועה או יציבה. למעשה, EMI ישראל ועננה אף לא הבהירו כיצד, לשיטתן, יש להגדיר קטגוריות אלה, והסתפקו במתן דוגמאות מובהקות (כגון שימוש בשיר כ"רינגטון", הידוע בעברית גם כ"זמריר"), שלא היה בהן די כדי לסייע בשרטוט גבולות ההבחנה. טענותיהן הותירו, אפוא, שאלות יישומיות רבות כשאלות פתוחות. כך למשל, לא הובהר כלל ועיקר האם העברתם של שידורי טלוויזיה באמצעות רשת האינטרנט כך שניתן יהיה לצפות בהם במכשירי טלפון ניידים "חכמים" תהיה נדרשת,

בהתאם לגישה המוצעת, לרישיון שימוש שעניינו "מדיה חדשה" או "מדיה ישנה", ובכל מקרה, מה יהיה הקריטריון לסיווגה של דוגמה זו כשייכת לקטגוריה זו או לחברתה. ההתפתחות המהירה והמתמדת של טכנולוגיות תקשורת חדשות מבטיחה כי שאלות מסוג זה לא יותרו במישור התיאורטי. בהקשר זה, ניתן להצביע על המקרה המעניין של חברת MobiTV האמריקנית, אשר פיתחה בראשית שנות ה-2000 טכנולוגיה שמאפשרת קליטת שידורי לוויין או כבלים וצפייה בהם באמצעות מכשירי טלפון ניידים. בין חברת MobiTV לבין ASCAP – אחד משני תאגידי הניהול המשותף הגדולים בארצות הברית – התגלע סכסוך (אשר הניב מספר הליכים משפטיים) בכל הנוגע לרכישתו של רישיון השמיכה הנדרש לשם הכשרת השידורים – בין היתר לרקע התנגדותה של חברת MobiTV לכך שייגבה ממנה תעריף של "מדיה חדשה", אף על פי שהתכנים שאותם היא מציעה ללקוחותיה זהים לתכנים המשודרים באמצעי שידור המסורתיים (אם כי, פסק הדין שניתן, בסופו של דבר, לא נדרש לשאלה זו במישורין. ראו: (United States v. ASCAP, 712 F. Supp. 2d 206 (S.D.N.Y. 2010)). כן ראו, בכל הנוגע למחלוקת שהתגלעה בהתייחס לסיווג שירותיה של חברת MobiTV כ"מדיה חדשה", את תגובתה המקדמית במסגרת ההליך המשפטי שאותו יזמה (ASCAP Applicant Mobitv, Inc.'s Pretrial Memorandum at 25, United States v. (ASCAP, 712 F. Supp. 2d 206 (S.D.N.Y. 2010)).

71. ככל שהבחנה המוצעת בין "מדיה חדשה" ל"מדיה ישנה" נועדה להשתרע גם על מצבים שבהם תכנים של תוכניות רדיו וטלוויזיה מועברים באמצעות האינטרנט למסכי מחשב או באמצעות שירותי טלפון סלולאריים למסכים של טלפונים ניידים, הרי שאימוצה עלול להיות בעל "אפקט מצנן" בכל הנוגע לשימוש ביצירות גם במסגרת "מדיה ישנה". זאת, משום שניתן להעריך כי משתמשים יימנעו מראש מלשלב יצירות שהוחרגו בדרך זו גם בהפקות שנועדו עבור "מדיה ישנה" – ולו משום החשש להגבלות על שיווקן בעתיד ב"מדיה חדשה". כך למשל, כאשר תופק תכנית טלוויזיה, קיימת אפשרות ששירים מסוימים לא יכללו בה, בבחינת "איזהו חכם הרואה את הנולד" – על מנת שלא לפגוע באפשרות לשדר אותה תוכנית גם באמצעות האינטרנט. השלכות עקיפות מסוג זה אינן תמיד ברורות, "בזמן אמת", ליוצר המבקש להחריג את יצירתו, אולם ההכרה בהן עשויה לשקול גם היא כנגד ההבחנה המוצעת על ידי EMI ישראל ועננה.

72. היבט נוסף שיש לשקול הוא ההשלכות הצפויות של מנגנון ההחרגה על כלל המשתמשים במרחב האינטרנטי. בטיעוניהן בפנינו התמקדו EMI ישראל ועננה במשתמשים תאגידיים ומוסדיים, כדוגמת חברות תקשורת גדולות, ובכך הציעו נקודת

מבט חלקית בלבד על הנושא שבמחלוקת. אולם, מנגנון ההחרגה שאותו הן ביקשו לאמץ לא נועד לחול רק עליהן. בפועל, החרגה גורפת של השימושים המתייחסים ל"מדיה חדשה" עשויה להוביל, ללא הבחנה, גם להערמת קשיים על דרכם של מפעילי אתרים קטנים – ובכלל זה, למשל, מפעילי רדיו-אינטרנט, שעבורם מהווה האפשרות להתקשר עם תאגידי ניהול משותף דרך חוקית ומעשית לעשות שימוש שוטף במגוון רחב של יצירות (ואכן, יש הסבורים כי נודעת חשיבות מיוחדת לפעילותם של תאגידי ניהול משותף דווקא בכל הנוגע לשימוש מורשה של יצירות מוסיקליות ברשת האינטרנט. ראו למשל: Daniel Gervais, *The Landscape of Collective Management Schemes*, 34 COLUM. J.L. & ARTS 591, 601 (2011). (להלן: Gervais, Landscape). לדיון בחשיבותו של ניהול משותף של יצירות בסביבה דיגיטאלית, ראו עוד: Recommendation 2005/737/EC on collective cross-border management of copyright and related right for legitimate online music services [2005] OJ L276/54; (להלן: המלצת הנציבות האירופית משנת 2005); Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on collective management of copyright and related rights and multi-territorial licensing of rights in musical works for online uses in the internal market (11.7.2012) (להלן: הצעת הדירקטיבה משנת 2012). ראו גם COPINGER, בעמ' 1816-1826).

73. את השלכותיה של הדרישה להתייחסות מובחנת לשימוש בטכנולוגיות חדשות על הנגשת יצירות לציבור ראוי לבחון גם לנוכח ניסיון העבר בהקשרים קרובים. כך למשל, בעניין *New York Times Co. v. Tasini* 533 U.S. 483 (2001) (להלן: עניין Tasini) נדרש בית המשפט העליון של ארצות-הברית לשאלה האם רשאי עיתון ("הניו יורק טיימס") לעשות שימוש במאמרים של כותבים שהם "משתתפים חופשיים" (freelancers) לצורך העלאתם למאגר מידע ממוחשב. לאחר התדיינות ממושכת התקבלה בבית המשפט העליון של ארצות-הברית עמדתם של הכותבים, אשר טענו כי ההרשאה שנתנו בעבר לעיתון הייתה רק לפרסום במהדורה המודפסת של העיתון, להבדיל מאשר במתכונת אלקטרונית. בעקבות פסק הדין נדרש העיתון לרכוש מהכותבים הרשאה לפרסום מאמריהם במאגר הממוחשב. יחד עם זאת, הואיל והעיתון סבר שנקיטת צעד כזה תהיה בלתי כלכלית מבחינתו, התוצאה המעשית של הדברים הייתה הוצאת המאמרים מן המאגר הממוחשב, תוך פגיעה בהנגשתם לציבור. איננו נדרשים להכרעה השיפוטית בעניין Tasini לגופה, ככל שהיא מתייחסת להסכמות שהיו קיימות במועדים הרלוונטיים בין העיתון לבין הכותבים בו. למעשה, ההכרעה בעניין Tasini לא נדרשה, במישורין, להיבטים הטכנולוגיים של מתכונת הפרסום, אלא התמקדה בשאלה האם העלאת המאמרים למאגר ממוחשב כללי (שמקבץ מאמרים רבים

מעיתונים וכתבי עת שונים) יכולה להיחשב לפרסום במסגרת העיתון (ואכן, בפרשה אחרת שנסיבותיה דומות קבע בית המשפט העליון של קנדה כי עיתון רשאי להעביר מאמרים שפורסמו במהדורה המודפסת שלו לתקליטורים דיגיטליים הכוללים את מאמרי אותו עיתון בלבד. ראו: (Robertson v. Thomson Corp. 2006 SCC 43 (2006)). עם זאת, תוצאותיה של פרשה זו טומנות בחובן לקח חשוב. במבט רחב ניתן לראות כי הסדרה שאינה מביאה בחשבון את הדינמיות של השימושים עלולה להתגלות כמכבידה ופוגענית מהיבטו של האינטרס הציבורי. במבט הצופה פני עתיד, נראה שהניסיון מלמד כי קיים קושי לבסס הרשאות שימוש על הבחנה בין טכנולוגיות, באופן שעלול לסכל, בהמשך, נגישות רחבה לנכסי תרבות (ראו עוד: Francesco Parisi & Catherine Sevchenko, *Lessons from the Anticommons: The Economics of New York Times Co. v. Tasini*, 90 Ky. L. J. 295 (2001-2002)).

74. מהו ניסיוןן של שיטות משפט אחרות באשר להחרגה של "מדיה חדשה"? לכאורה, זוהי שאלה חשובה, בשים לב לכך שאתגרי הטכנולוגיה בתחום של זכויות יוצרים אינם מיוחדים לישראל. אולם, מן הטעמים שנפרט להלן, התועלת בעיון ההשוואתי התגלתה כמוגבלת בשלב הנוכחי של ההתפתחויות בתחום.

75. האמת ניתנת להיאמר: הפנייה להתפתחויות משפטיות באירופה ובארצות-הברית מלמדת כי החרגה של "מדיה חדשה" מוכרת לא אחת כאפשרית. לכאורה, יש בעובדה זו כדי לחזק את עמדתן של EMI ישראל ועננה. אולם, בחינת הדברים לעומקם, מלמדת שניתן ללמוד מניסיון זה אך באופן מוגבל, בין השאר משום שהנושא שבפנינו נמצא עדיין בשלבי גיבוש, התנסות ומחלוקות אף בשיטות אחרות.

76. שני תאגידי הניהול המשותף הגדולים של ארצות הברית – BMI ו- ASCAP – אפשרו זה לא מכבר לשניים מחבריהם (ובכלל זה חברת EMI העולמית) להחריג את הזכויות שבבעלותם מהניהול המשותף, לצרכי היבטים מסוימים של ניצול היצירות במסגרת "מדיה חדשה" (כמפורט באתרי האינטרנט שלהן – <http://www.bmi.com> ו- <http://www.ascap.com>). עם זאת, חשוב לתת את הדעת על כך שהאפשרות לעשות כן מעוגנת בהחלטותיהם של תאגידי הניהול עצמם, ואינה מהווה תולדה של רגולציה חיצונית. זאת ועוד: תאגידי הניהול הזכויות האמריקניים פועלים באופן שונה מאקו"ם, במובן זה שהם מנהלים זכויות מסוג אחד בלבד – public performance rights, שעניינן ההרשאה לבצע את היצירה בפומבי, לשדרה או להעמידה לרשות הציבור (אך לא הרשאות להעתקת יצירות או לשילובן במסגרת הפקות אודיו-ויזואליות). כלומר, נקודת המוצא להחרגה היא שוק זכויות "מפוצל" יותר מן השוק שבו פועלים משתמשים

ויוצרים בישראל. זהו נתון רקע שעשוי להשפיע גם על השיקולים הנוגעים למנגנון ההחרגה הרצוי. בהמשך לכך, ניתן להצביע על כך שההתייחסות להחרגה של "מדיה חדשה" מניהולם של תאגידי ניהול משותף בארצות הברית אינה נדונה במונחים של "הכול או לא כלום", וכוללת לאמיתו של דבר הגבלות מסוימות. כך למשל, הודעתה העדכנית של BMI בנושא (כפי שפורסמה באתר האינטרנט שלה) הבהירה כי האפשרות להחריג "מדיה חדשה" מכוונת למקרים שבהם השימוש ביצירה מצריך יותר מסוג אחד של רישיון, ואילו ASCAP הדגישה, בנוסף לכך, כי ההחרגה מתאפשרת ביחס להנגשת יצירות לציבור שנעשית באמצעות "מדיה חדשה" באופן ייחודי, ואינה חלה לגבי משתמשים שהם "שדרנים" (broadcasters). לבסוף – וזוהי נקודה מרכזית – אין להתעלם מכך שחלק מן ההחלטות בנושאים אלה הן חדשות ביותר (כמו למשל הודעת BMI בנושא מיום 11.2.2013, שפורסמה זמן רב לאחר השלמת ההתדיינות בין הצדדים בבית הדין). קשה אפוא להתייחס לאפשרות ללמוד מניסיון בר-קיימא בתחום זה בשיטות אחרות. למעשה, ניתן לומר, כי בשלב זה ההשפעות המשניות של "גלי ההדף" שיצרו הרפורמות החדשות מבחינת השלכותיהן על המשתמשים טרם הובהרו עד תום – אף כי עצם קיומם של "גלי ההדף" כאלו כבר מסתמן. כך למשל, ניתן להצביע על התפתחות חדשה – הגשת תביעות על-ידי משתמשים כנגד תאגידי ניהול להפחתת התשלום הנגבה בגין "רישיון שמיכה" שהוענק על רקע העובדה ש"השמיכה" שוב אינה מכסה את התשלום בגין "מדיה חדשה" (כדוגמת התביעה שהוגשה על-ידי חברת רדיו-אינטרנט גדולה בשם Pandora נגד ASCAP בשלהי שנת 2012, ועודנה תלויה ועומדת. לדיווחים בתקשורת על אודות הפרשה, ראו למשל: Don Jeffrey, *Pandora Media Sues ASCAP seeking lower songwriter fees* (November 6, 2012) available at <http://www.bloomberg.com/news/2012-11-05/pandora-media-sues-ascap-seeking-lower-songwriter-fees.html>; Ed Christman, *Pandora files motion to keep low publishing rates* (June 20, 2013) available at <http://www.billboard.com/biz/articles/news/digital-and-mobile/1567890/pandora-files-motion-to-keep-low-publishing-rates>).

77. המשפט האירופי מאפשר, באופן עקרוני, לבעל זכויות להצטרף לתאגיד ניהול משותף אף כאשר הוא מבקש לשמור לעצמו את ניצולן של הזכויות באינטרנט או באמצעות תקליטורים (ראו: Commission Decision of 6/8/2002 in case COMP/C2/37.219 Banghalter / Homem Christo (Daft Punk) v. SACEM סעיף 5(3) להמלצת הנציבות משנת 2005 והצעת הדירקטיבה משנת 2012, שנזכרו לעיל). עם זאת, חשוב לזכור כי ההסדרה האירופית בתחום זה מהווה גם תולדה של שיקולים שבחלקם אינם רלוונטיים באותה מידה למציאות הישראלית, ובראשם



החתימה להסדרה כלל-אירופאית אחידה ומתואמת, במציאות של ריבוי תאגידים לניהול משותף.

78. שיקול נוסף שראוי להזכיר בשולי הדברים עניינו בהקשר הרחב יותר שבו מעוגן מנגנון ההחרגה, מהיבט פתיחותם של התנאים לחופש פעולה וחופש בחירה של היוצרים. בהקשר זה יש משמעות, למשל, לעובדה שהתנאים לאישור הקבוע לפעילות אקו"ם מבטיחים את זכותו של כל אחד מחבריה להתקשר עם משתמשים באופן אישי ולהציע להם רישיונות שימוש פרטניים ביצירות מסוימות, במקביל לניהולן של יצירות אלה על ידי אקו"ם ומבלי להחריגן מהפרטואר שלה (סעיף 2.4 לתנאים הקבועים). זאת בדומה לנהוג בארצות הברית, ובשונה מהמקובל באירופה, שם דורשים מרבית תאגידי הניהול המשותף מהיוצרים החברים בהם העברה בלעדית של כל הזכויות ביצירה לניהולם (ראו: Gervais Landscape, בעמ' 598). אכן, אפשר שלא ייעשה שימוש רב בדרך פעולה זו, שצפויה להיות משמעותית בעיקר מנקודת מבטם של משתמשים שאינם נזקקים לרישיון שמיכה, אלא רק לכמה רישיונות פרטניים ביצירות מסוימות. אולם מנקודת מבט כללית, ניתן לומר שמנגנון זה מייצר מידה מסוימת של השפעה מאזנת, בכל הנוגע לכוחה הכופה של אקו"ם כלפי חבריה (ראו והשוו גם: Parisi & Depoorter, בעמ' 170-172).

79. באופן כללי יותר, ניתן לומר כי דרישתן של EMI ישראל ועננה לאפשר החרגה גורפת של שימושים ב"מדיה חדשה" הייתה מבוססת על ההנחה שהן זכאיות ליהנות מפירותיו של ההסדר הכובל בעודן מממשות את מלוא הפוטנציאל הכלכלי הגלום ביצירות שבניהולן. בכך הן נתפסו לכלל טעות. לאמיתו של דבר, מעת שפעילותה של אקו"ם הוכרה כהסדר כובל אשר טומן בחובו חשש לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי כלפי הציבור, שוב אין לומר שחבריה זכאים לנצל עד תומן את זכויותיהם הקנייניות כאשר הם נהנים מפירותיו של ההסדר. אמת, ההסדר הכובל אושר, אולם אישורו הותנה בתנאים; תנאים אלו מגלמים מחיר שאותו נדרשים לשלם אקו"ם והיוצרים החברים בה, על מנת לאזן את היתרונות העודפים שמקנה החברות בהסדר הכובל ולהבטיח כי הציבור יוגן מפני החששות המלווים את פעילותו של ההסדר. למעשה, הדברים שאמרנו ביחס למתן אפשרות להחריג יצירה ללא הסכמתם של יתר בעלי הזכויות בה יפים גם לסוגיית הפילוח – אימוצו של מנגנון פילוח אשר מאפשר החרגה של יצירות על יסוד ההבחנה הטכנולוגית בין מדיה חדשה לבין מדיה ישנה, ללא סייגים, עלול להקטין את התועלת שפעילותה של אקו"ם מניבה לציבור במידה שתאיים לחתור תחת ההצדקה לאשרה כהסדר כובל.

80. ניתן אפוא לסכם ולומר כך: גם אם אין לפסול על הסף את האפשרות של החרגת שימושי "מדיה חדשה", הרי שלעת הזו, EMI ישראל ועננה כשלו מלהניח תשתית ממשית באשר לשיקולים ולפרטים של מנגנון ההחרגה שאותו ביקשו לאמץ, בין היתר מבחינת יכולתו של מנגנון כזה לתת מענה לחששות שעליהם הצבענו לעיל. מטעם זה, איננו יכולים לקבל את עמדתן. בשולי הדברים נדגיש, כי איננו מתעלמים מן האפשרות שיכולתו של יוצר לנהל את יצירותיו באופן עצמאי בתחום של "מדיה חדשה" עשויה להתגלות כבעלת משמעות מנקודת מבטם של חלק מן היוצרים, ובכללם יוצרים "קטנים" או עצמאיים. רשת האינטרנט מהווה פלטפורמה טכנולוגית גמישה ונגישה בהרבה עבור גורמים פרטיים, בהשוואה למדיות מסורתיות. היא מאפשרת התקשרות ישירה, נוחה וקלה יחסית, בין בעל הזכויות לבין המשתמש הבודד, ובכך מניבה דפוסי צריכה ישירים יותר, לעיתים תוך חיסכון משמעותי בעלויות העסקה ובאופן שמאפשר ליוצרים "קטנים" להפיק רווחים מיצירותיהם מבלי להיעזר במנגנוני ניהול משותף (ראו: Casey Rae-Hunter, *Better Mousetraps: Licensing, Access, and innovation in the new music marketplace*, JOURNAL OF BUSINESS & TECHNOLOGY (2012) 35, 39 (LAW 7(1)). אולם, זהו שיקול אחד מיני רבים, ואף בקשר לכך לא נשמעו בפנינו טענות. כך למשל, מנגד, ייתכן שהאפשרות להחריג "מדיה חדשה" תגרום בפועל לפגיעה רבה במיוחד ביוצרים קטנים, לנוכח ה"דילול" שזו תחולל בערכם של רישיונות השמיכה. על כן, ככלל וכפי שכבר ציינו, ראוי שהשאלה של "מדיה חדשה" תשוב ותיבחן מחדש באופן מקיף במסגרת אישורו החוזר של ההסדר הכובל, עם סיום התקופה בת חמש השנים שהוקצבה לו. זאת, מתוך הבנה כי אין לפסול מראש את האפשרות שמתכונת מתוחמת ומוגבלת של החרגה לעניין "מדיה חדשה" (ככל שמתכונת כזו תוצע בעתיד) עשויה לאפשר ליוצרים המעוניינים בכך יתר עצמאות בניהול יצירותיהם, מבלי לפגוע באינטרסים של כלל הציבור במידה שתחתור תחת הטעמים העומדים ביסוד האישור להסדר הכובל.

81. במלים אחרות, הגדרתה המדויקת של "קטגוריית ההחרגה" המבוקשת בכל הנוגע ל"מדיה חדשה", צפויה להיות בעלת השפעה מכרעת על השאלה האם מנגנון ההחרגה הכולל יניב תוצאה מאוזנת. היבט חשוב, אם כי לא יחיד, של הגדרה זו קשור לתופעות של "קריסת טכנולוגיות" ו"זליגת תכנים" שעליהן כבר עמדנו. כפי שכבר ציינו, הגדרה גורפת וכוללנית של "מדיה חדשה" בהתייחס ליכולת ההחרגה תניב חוסר ודאות לגבי היקף השימושים המותרים, עלולה להביא לכך שמשתמשים רבים יחויבו בתשלום כפול (הן לאקו"ם והן לבעל הזכויות עצמם), ותייצר "אפקט מצנן" מהיבטם של המשתמשים, אשר עשויים להימנע משילוב יצירה מוחרגת גם בהפקות שנועדו עבור "מדיה ישנה" בשל החשש ששיווקן במסגרת מדיה חדשה יוגבל בעתיד. לעומת

זאת, הגדרה מצמצמת יותר של סוגי השימושים הניתנים להחרגה, ובפרט כזו המתמקדת בשימושים ייעודיים למדיה חדשה (למשל, הפקת "רינגטון" המבוסס על לחץ קיים), תסייע להפחית את מידת הסרבול שמניב ריבוי אפשרויות החרגה, למתן את השלכותיה השליליות של "זליגת תכנים" בין פלטפורמות טכנולוגיות שונות מנקודת ראותם של המשתמשים ולהפחית את הפגיעה הנגרמת לאינטרסים הכלכליים שלהם. בהקשר זה, ניתן לשער גם כי חלק מהניסיון השלילי שהצטבר מהפעלתו של מנגנון ההחרגה הרחב (במסגרת התנאים הזמניים לפעילותה של אקו"ם עובר לתיקונם בשנת 2009), נבע מכך שזה הקנה גמישות מלאה בכל הנוגע למתכונת ההחרגה, וממילא לא נדרש למשמעותו של המונח "מדיה חדשה" ואף לא הסדיר את גבולותיהן של אפשרויות ההחרגה המתייחסות אליו.

82. לצורך השלמת התמונה אין זה מיותר לציין שהסוגיה של החרגת זכויות ב"מדיה חדשה" מניהול משותף במסגרת אישורו של הסדר כובל בישראל לא התעוררה לראשונה בעניינה של אקו"ם. כפי שכבר ציינו לעיל, בית הדין להגבלים עסקיים אישר בעבר פעילותם של שני תאגידי ניהול משותף אחרים אשר הוכרזו גם הם כהסדר כובל – הפי"ל והפדרציה לתקליטים. תנאיהם של האישורים מסדירים, בשני המקרים, את יכולתם של חברי התאגיד להחריג זכויות מהניהול המשותף בהתאם ל"סלי החרגה" קבועים מראש – ואלה כוללים מספר קטגוריות שעניינן שימושי אינטרנט ורט"ן (טלפוניה ניידת) שונים (ראו: סעיף 3.3 לתנאים לפעילותה של הפדרציה לתקליטים וסעיף 2.2 לתנאים לפעילותה של הפי"ל). ההכרה בכך היא רלוונטית לכאורה לדיון. אולם, יש לתת את הדעת גם על כך ששתי אגודות אלה עוסקות בניהול זכויותיהם של מפיקים (בעלי רשומות קול), תחום שאיננו זהה לתחום עיסוקה של אקו"ם (ניהול זכויות מלחינים, משוררים ומעבדים). ניתן היה לצפות שבעלי הדין שבפנינו יתייחסו להשוואה זו – בין לכאן ובין לכאן – אך הם לא עשו כן. כל אחד מהם אחז בעמדה של "הכול או לא כלום", וצידד, בהתאמה, בהחרגה מלאה של "מדיה חדשה" או בשלילה מוחלטת של האפשרות לעשות כן. כך, ההתמודדות עם האפשרות של החרגת "מדיה חדשה" והתנאים לה נותרה חסרה.

83. העולה מן המקובץ הוא זה: בחינת ההשלכות של החרגת "מדיה חדשה" מלמדת כי אין, בהכרח, הצדקה לפסול כליל את האפשרות להתיר החרגת יצירות לצרכי "מדיה חדשה". יחד עם זאת, קיימות אינדיקציות ברורות לכך שהדברים אמורים רק בכל הנוגע למנגנון החרגה מוגבל, המתמקד בסוגים מסוימים של שימושי "מדיה חדשה" וחותר למזער את הפגיעה הנגרמת למשתמשים. מנגנון החרגה כזה אינו יכול להתבסס אך ורק על עצם ההבחנה הטכנולוגית בין "מדיה ישנה" לבין "מדיה חדשה",

ולאפשר החרגה גורפת של כלל השימושים מהסוג האחרון – כפי שהציעו למעשה EMI ישראל ועננה. מכל מקום, בחינת האפשרות לשלב קטגוריית החרגה נוספת שעניינה "מדיה חדשה" ועיצוב גבולותיה של קטגוריה זו צריכים להיעשות בזהירות, לאחר עיון בעמדותיהם של בעלי העניין בסוגיה זו ובמכלול הנתונים הרלבנטיים. כאמור, זהו עניין שראוי כי בין הדין להגבלים עסקיים יידרש לו כאשר תעלה שאלת הארכתו של האישור להסדר הכובל. עמדתנו זו נתמכת גם בשיקול שעניינו אופיו הזמני של האישור – לחמש שנים בלבד. בתום תקופה זו (שכשנתיים מתוכה כבר חלפו), ידון בית הדין בשנית באישורו של ההסדר הכובל, ואז יוכל לשוב ולהידרש גם לשאלת מידת "הפילוח" של מנגנון ההחרגה, זו הפעם גם על יסוד ניסיון מצטבר בן חמש שנים בהפעלת מנגנון החרגה "צר". ניסיון זה יצטרף ללקחים שכבר הופקו מהפעלתו של מנגנון החרגה נטול כל מגבלות (במסגרת תנאיו הזמניים של ההסדר הכובל), ויסייע לבית הדין להעריך את האפשרות לאמץ חלופת ביניים מאוזנת, שתתיר החרגת שימושים מוגבלים לצרכי "מדיה חדשה" מבלי לחתור תחת תכליתה של אקו"ם כתאגיד לניהול משותף. ניתן אף להעריך, כי עד למועד שבו יידרש בין הדין להגבלים עסקיים לשאלת הארכתו של האישור להסדר הכובל יתבסס בסוגיה זו גם הניסיון הבינלאומי, שיוכל להעשיר את מערך הנתונים העומד לרשותו של בית הדין.

84. סיכומו של דבר, עמדתנו היא שיש להותיר את התנאים לאישור הקבוע על כנם לעת הזו, גם בכל הנוגע לשאלה של החרגת יצירות לצרכי "מדיה חדשה" – מתוך הבנה כי בית הדין יוכל לשוב ולבחון אותה עם פקיעתם של התנאים הנוכחיים. צריך להדגיש, כי באומרנו זאת איננו מביעים עמדה באשר לתוצאה שאליה יגיע בית הדין, בכל הנוגע לסוגיה זו או לאחרות, מעבר לאמירה הכללית שאין לפסול על הסף את האפשרות להתיר החרגה מוגבלת ומוגדרת היטב של שימושי "מדיה חדשה". חזקה על בית הדין כי יטיב להכריע, על סמך מכלול הנתונים העדכניים שייפרשו בפניו, מהי הדרך הנכונה והיעילה לעשות כן, ככל שיימצא לנכון לילך בדרך זו.

#### סיכום

85. הערעורים שבפנינו נסבו על פעילותה של אקו"ם, אך הדיון בהם חייב לפרוס יריעה רחבה בכל הנוגע לניהולן הקולקטיבי של זכויות יוצרים, בשים לב למורכבות של יצירות בבעלות משותפת, הנובעות מפרי כישרונם של יוצרים אחדים, כמו גם למורכבותם של השימושים המגוונים ביצירות בתנאים של עולם טכנולוגי שמתנהג ללא הרף. בעת הזו, הגענו לכלל דעה כי, בהתאם לנתונים שהיו בפנינו, אין להתערב בתנאים שנלוו לאישורו של ההסדר הכובל – מהיבט האיזון בין זכויותיהם הקנייניות

של היוצרים כולם לבין האינטרס הציבורי בנגישות ליצירות שהן חלק ממאגר התרבות הכללי ולכן חשוב להימנע מהצבת מהמורות גבוהות מדי בדרך לשימוש בהן. לא פסלנו את האפשרות כי בעתיד האיזון הנאות בין זכויותיהם של היוצרים לבין האינטרס הציבורי בכללותו עשוי להכתיב תוצאה שונה מזו שאליה הגיע בית הדין, בהתייחס לאפשרות שילובה של ההבחנה בין סוגים שונים של "מדיה חדשה" לבין "מדיה ישנה" במנגנון החרגת הזכויות. סוגיה זו מייצגת, במידה רבה, את האתגר של ניהול זכויות משותף בעידן המודרני, על סביבתו הטכנולוגית והעסקית המשתנה – סביבה שבה פרקטיקת הניהול המשותף היא חיונית מתמיד, ויחד עם זאת מעוררת קשיים ומורכבויות חריפים מאי-פעם. המענה לאתגרים אלה (הן בכל הנוגע ל"מנגנון הפילוח" והן בעניינים אחרים שנדונו בפנינו) נשען על איזון עדין ומשתנה של האינטרסים הנוגעים לעניין. כפי שצינו, איזון זה עשוי להיות מושפע משינויים בפלטפורמות טכנולוגיות ובפרקטיקות עסקיות, מלימוד נתונים חדשים ומלקחים שתניב פעילותה של אקו"ם בישראל ופעילותם של תאגידי ניהול משותף בעולם.

86. סוף דבר: אציע לחבריי לדחות את שני הערעורים. אקו"ם תישא בהוצאות הממונה בסך 20,000 שקל. EMI ישראל תישא בהוצאות הממונה בסך 40,000 שקל ובהוצאות פרטנר בסך 10,000 שקל.

#### ש ו פ ט ת

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

#### ש ו פ ט

השופט א' רובינשטיין:

א. מסכים אני לחוות דעתה המקיפה של חברתי השופטת ברק-ארז.

ב. אף שכל המוסיף כמעט גורע, אבקש לומר דברים קצרים. עסקינן באקו"ם – בגוף מיוחד, שהוקם ב-1936, בימי המנדט, להגן על זכויותיהם של יוצרים ואמנים בקניינם הרוחני, וכמו היה יסוד מוסד ישראלי מאז ומעולם. אכן, גם אם יתכן כי אילו היינו מתחילים היום מבראשית ניתן היה לחשוב על דרכי התארגנות שונות לנושא זה

ולאו דווקא חברה פרטית, לפנינו מצב כהוייתו וכנתינתו, שבגדרו נדרשים אנו לומר דברנו. ואולם, גם בהינתן המצב הקיים, האתגרים שבטיפול בנושא זכויות הנזקקים לשירותיו של אקו"ם משתנים והולכים, בעיקר עם הדינמיות הטכנולוגית, ולא בכדי סייגה חברתי את חוות דעתה בחלקה השני, הנוגע למנגנון ההחרגה, במבט צופה פני עתיד.

ג. ככל שהמדובר בדירקטורים מקרב הציבור, אכן צדק בית הדין קמא. לטעמי נושא זה כל המרבה בו הרי זה משובח, ובלבד שהדירקטורים הללו עושים מלאכתם נאמנה, כשליחי ציבור, ויש לקוות שכך ככלל, ואז תוצדק ההוצאה הכספית הכרוכה בהם; לגבי חובותיהם ראו פרופ' י' גרוס, דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי (מה' 2, 2011) פרק א', עמ' 1 ואילך והאסמכתאות שם; וראו גם תיקון מס' 8 לחוק החברות (2008) לעניין האפשרות למינוי דירקטורים בלתי תלויים; ועוד ראו י' בהט, חברות, מה' 12 תשע"א-2011, 386. חברתי תיארה בפירוט את הנסיבות במקרה דנא, אך הוסיפה גם הערות בתחום המשפט הציבורי הכללי, קרי, אימתי נראה גוף מסוים כדו-מהותי, וכנגזרת – היותה של אקו"ם קרובה לדגם זה נוכח חובותיה כלפי הציבור, גם בלא שראתה צורך להכריע כי אכן כזאת היא. כשלעצמי נטייתי היא לומר כי בגוף דו-מהותי עסקינן, זאת, בין אם נתבונן בו במבט מצומצם יחסית, קרי, בעדשת הנהנים הישירים משירותי אקו"ם, ובין אם נידרש לעדשה רחבה יותר, לכלל הציבור המשתמש; ראו גם הערותי בבר"מ 1106/04 הועדה המקומית לתכנון ובניה חיפה נ' חברת החשמל (2006) פסקאות ג' – ד'.

ד. המחבר א' הראל, בספרו גופים דו מהותיים – גופים פרטיים במשפט המינהלי (תשס"ח) מונה (עמ' 118-125) אמות מידה לבחינת דו-מהותיות, ובהן פונקציה ציבורית חיונית, מתן שירות לציבור, פעילות שלא למטרת רווח, מונופולין, ריכוז כוח רב העלול להיות מנוצל לרעה, ומימון ציבורי פונקציונלי. מקום שלפנינו מונופולין, כמו בענייננו, והגם שאקו"ם מאוגדת כחברה פרטית, צבועה היא בצבע עז של דו-מהותיות, ובמיוחד נוכח צמצום מרחב הבחירה של הפרט (שם, 115). אדרבה, בעולם משתנה במהירות של אפשרויות טכנולוגיות לשימוש ביצירות, אינטרס היוצרים והאמנים וגם הציבור כולו הוא בהגינות ראויה כלפי כולי עלמא; ראו גם ד' ברק-ארו, אזרח, נתין, צרכן ושלטון במדינה משתנה (2012), 119, 121, המאפיינת דו מהותיות בין השאר במקום שהגוף בו מדובר משמש תחליף בפועל למעורבות שלטונית. בנידון דידן, כפי שנרמז מעלה, יכול היה הנושא לכאורה להיות מטופל גם במסגרת רגולטורית, ורכיב זה מצדיק לטעמי יחס מרחיב לנושא נציגי הציבור. אכן, חברה

פרטית לפנינו, אך זו מסגרת וקליפה, ותוכה רחב מזה משמעותית; אפילו שמה מעיד עליה כשייכת למרחב הציבורי – "אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים". תקנונה של אקו"ם (כפי שאושר לאחרונה ב-21.7.13, על פי אתר האינטרנט שלה) כולל דירקטורים חיצוניים, והמחלוקת היא אך על המינוח לגביהם. על פי האתר, חברים כיום באקו"ם כ-7,500 יוצרים; האם אלה אינם ראויים להגנה רחבה אל מול פוטנציאל להתגוששות אינטרסים בין קבוצות שונות בתוך החברה גופה?

ה. ומלים אחדות באשר לתפקיד הדירקטורים החיצוניים, כמינוח בדין כיום, או הדירקטורים מקרב הציבור; חוק החברות תשנ"ט-1999 מדבר כידוע בדירקטור חיצוני (סימן ה', סעיפים 239 ואילך) אך בספרות משמש מונח זה בערבוביה עם דירקטור מקרב הציבור, כנוסח משכבר בפקודת החברות (סעיף 96(ב)(ג)). אמנם, לשיטת המלומד י' גרוס (דירקטורים ונושאי משרה בעידן הממשל התאגידי (2011), 92) הדירקטור החיצוני "אינו מייצג את הרגולטור או את הציבור בכללו. הוא חב חובת אמונים לחברה ולה בלבד, כאשר רק טובת החברה חייבת להיות לנגד עיניו"; וראו גם ד"ר א' חביב-סגל, דיני חברות (2007), 438. ואולם, גם אם הגדרה מצמצמת זו נכונה עקרונית, בלא שארבה דברים, בנידון דידן עסקינן במקרה מיוחד של "חברה פרטית-לא-פרטית", שאינה לשם השאת רווחים לה גופה. לעניין זה ראו בהיקש דברי חביב-סגל, שם, על תפקידי הדירקטור החיצוני באשר לריסון "התנהגות אופורטוניסטית" של בעל שליטה או הנהלה: "מבחינה זו יכול הדירקטור החיצוני להיחשב כנציגם של בעלי המניות מן הציבור בדירקטוריון החברה". ונזכיר (גרוס, עמ' 93), כי הדירקטור החיצוני "מביא עמו ידע, ניסיון ושיפוט אובייקטיביים, ועשוי לאזן בין הדעות השונות בחברה, במיוחד כאשר הדירקטוריון מורכב מכמה קבוצות מגובשות"; הוא "מנותק מהאינטרסים האישיים של בעלי המניות... יכול להביע עמדות אובייקטיביות במקרים שבהם נתגלעו חילוקי דעות בין קבוצות שונות בחברה ולאזן בין בעלי האינטרסים השונים בחברה...". דברים אלה תואמים לכאורה בהיקש את ענייננו, חרף מסגרת ההתאגדות ה"פרטית" של אקו"ם. ונודע איפוא מקום חשוב במיוחד לדירקטורים החיצוניים, במבט רחב וכולל על האינטרסים של כלל חברי אקו"ם וכלל הציבור; ראו עוד הדרה בר-מור דיני תאגידים ג' (תשס"ט-2009), 307-309. על כן אין להתערב בהכרעת בית המשפט קמא.

אשר לדברי חברתי לעניין מנגנון החרגת הזכויות והמדיה הישנה מול החדשה, מה שניתן ללמוד מן הדברים הוא לקח המורכבות וענוות הפוסק. עסקינן בכסף, במקסום הנאתם של היוצרים, אך השאלה היא האם לא יישפך התינוק עם המים. חברתי הצביעה

על הקשיים, ומסקנתה היא כי יש צורך ביתר ניסיון ולימוד כדי להגיע לאיזון ראוי (ראו פסקה 82). תחושת שלי היא חזות קשה – ומאתגרת – לכך; לנגד עינינו משתנים, דבר יום ביומו, האמצעים הטכנולוגיים, על השלכותיהם בנושאים כגון ענייננו, ופתרונות שיימצאו עשויים להיות קצרי ימים. תפקיד חשוב מאין כמוהו בעניין זה נודע לרגולטור, לממונה על הגבלים עסקיים, שכן לבית הדין אין לו אלא מה שענינו רואות, ואילו הממונה מצויד בכלי מעקב זמינים. ולבסוף, בקיץ זה נזדמן לי להיות "שותף משני" לשלושה פסקי דין בתחום הקניין הרוחני. הצד השווה ביניהם הוא המורכבות שהזמן גרמה, מורכבות מסוגים שונים, טכנולוגיים וכלכליים. עיון בקובץ המרתק יוצרים זכויות - קריאות בחוק זכויות יוצרים (מ' בירנהק וג' פסח תשס"ט-2009) מצביע על תובנות מגוונות, שעוד יעסיקונו רבות. לבד מן הצורך לחרוש במאטריה הספציפית, ברי גם כי ההשתנות המתמדת, אולי יותר מבנושאים אחרים במשפט האזרחי, מטילה אחריות כבדה על בתי המשפט, ולא פחות על הגופים הרגולטוריים. המתח בין הקניין לתחרותיות, בין הטוות הארוך לטוות הקצר וטוות הביניים, מציב אתגרים של ממש. התמקצעות הרגולטורים – בין רשות הפטנטים ובין, כאמור, הממונה על הגבלים עסקיים – מסייעת לבתי המשפט בהכרעותיהם, אף שאין היא מסירה את אחריותם. בנושאים אלה גם ניתן להיעזר בשופי במשפט המשווה. השורה התחתונה היא כי פסק דין זה ראוי שיהיה נקודת מוצא ללקחים; תם ולא נשלם.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינה של השופטת ד' ברק-ארז.

ניתן היום, כ"ח באלול התשע"ג (3.9.2013).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

ש ו פ ט