

א. תוכן העניינים

א.	תוכן העניינים	2
ב.	מבוא	3
ג.	פירוט	10
ד.	הליבה – היצירה האורקולית ואבני הבנין בה	15
ה.	מבנה השווקים בהם פועלת תלי	16
ו.	התנהלות תלי מול רשות ההגבלים העסקיים	26
ז.	הסדר ניהול הזכויות בתלי – אינו כובל על פי הפרשנות התכליתית	28
ח.	המסגרת הנורמטיבית:	35
ט.	התועלות מהסדר ניהול הזכויות:	44
י.	סקירה בינלאומית – הסדר ניהול הזכויות הוא הסדר רווח ומקובל	59
יא.	נימוקים נוספים מתחום החברה, התרבות וההכרה בשונה	61
יב.	סיכום	62

בקשה זו נתמכת בתצהירי יוצרים ומפיקים מקבוצות שונות, המצ"ב כנספחים "א-1", של ה"ה:

- (1) אבי שמש (תסריטאי של "זהו זה" וכן מייסד, מנכ"ל ויו"ר תלי בעבר),
- (2) רן טל (שעל סרטיו הדוקומנטריים נמנים "ילדי השמש" ו"גן עדן"),
- (3) אבי נשר (שעל סרטיו נמנים "הלהקה", דיזנגוף 99, "סוף העולם שמאלה" ו"זהו סדום"),
- (4) רני בלייר (שעל סדרותיו נמנות "שבתות וחגים" ו"פרשת השבוע"),
- (5) רונית ויס-ברקוביץ (שעל סדרותיה נמנות "עניין של זמן" ו"מרחק נגיעה"),
- (6) ארי פולמן (שעל סרטיו נמנים "קלרה הקדושה" ו"ואלס עם בשיר"),
- (7) אורי זוהר (שעל סרטיו נמנים "מציצים" ו"עניינים גדולות"),
- (8) יוסי עוזרד (מפיק);
- (9) יונתן ארוך (מפיק);

הבקשה נתמכת בשלוש חוות דעת מומחים:

(10) ד"ר שמחה סדן – נספח "ב-1"

(11) גב' מרב בארי נספח "ב-2" (חוות דעת בדבר מבנה השוק כבסיס בתחום זה לחוות דעת סדן);

(12) גב' מרב בארי – נספח "ב-3" (חוות דעת נוספת)

לבקשה מצורפים דבריהן, בכתב, של נושאות משרה בכירות בשני גופי שידור:

(13) עו"ד דבורה קמחי, סמנכ"לית רגולציה והיועצת המשפטית של ערוץ 10 - נספח "ג-1";

(14) מיכל רפאלי כדורי, סמנכ"לית רגולציה וניהול משפטי של YES - נספח "ג-2".

יודגש: אין הבקשה חוזרת על כל האמור בתצהירים, חוות הדעת והצטרפות, לרבות בדיקות שנעשו ונתונים שנאספו הכלולים בתצהירים ובחוות הדעת. לכן מהווים כל אלה חלק בלתי נפרד מן הבקשה.

ב. מבוא

1. כללי

עניינה של בקשה זו הוא בתופעה ידועה ומוכרת בעולם – הסדר לניהול משותף של זכויות יוצרים של יצירות אורקוליות (Audiovisual Works) באמצעות ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים (או ככינויו בעולם: Royalty Collection Society, וכן - Collecting Society).

ארגון הניהול המשותף בו מדובר בענייננו היא תלי - חברת התמלוגים של ציבור התסריטאים והבמאים בישראל משנת 2000. בתלי 1639 חברים, והיא מייצגת ומעניקה רישיונות שימוש בזכויות היוצרים של חבריה לכל גופי השידור בישראל,¹ לחברות הסלולר, לאתרי האינטרנט המרכזיים (וואלה, YNET ותפוז), ולגופים נוספים, המשתמשים בזכויות היוצרים הללו לשם שידור היצירות למטרה מסחרית או כחלק מעיסוקם (להלן יחד – "המשתמשים").

בתמצית, הסדר ניהול הזכויות משותף מאפשר לחברת תמלוגים (תלי) בה חברים יוצרים מסוג מסויים (במקרה זה במאים ותסריטאים) - להעניק רשיון שימוש גורף לאותם משתמשים החפצים בשידור היצירות, כנגד תמלוגים. תלי גובה מן המשתמשים תמלוגים אותם היא מחלקת לחבריה שיצירותיהם שודרו. נדגיש מראש: אין חובה על במאי או תסריטאי כלשהם – להשתמש בשירותים של תלי דווקא, ובמאי ותסריטאי החברים בתלי אינם חייבים להעביר לניהולה של תלי את זכויותיהם בכל יצירותיהם. בפשטות: אין לתלי כל בלעדיות כלפי חבריה.

¹ תאגידי השידור המסחריים: רשת, קשת, ערוץ 10, YES ו-HOT; הממלכתיים: רשות השידור, הטלוויזיה החינוכית והרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו.

בית דין נכבד זה דן כבר, בעבר, פעמיים בהסדרי ניהול משותף של זכויות יוצרים: הסדרי ניהול הזכויות המשותף של הפדרציה לתקליטים וקלטות ושל הפי"ל, והסדר ניהול הזכויות המשותף של אקו"ם. בשני המקרים אושרו ההסדרים. בהתאם לאותם עקרונות יש לאשר גם הסדר זה:

1. **קיים כשל שוק בנושא הגנה על זכויות יוצרים:** על אף ההגנה החוקית עליהן קל מאוד לעשות בהן שימוש ובכלל זה: להקרין, להפיץ ולשכפל, ללא הסכמת היוצר;
 2. **הסדר ניהול הזכויות במסגרת תלי קיים רק על מנת לסייע בפתרון כשל השוק האמור:** תלי מספקת ל-1,639 חבריה תמלוגים וחוסכת מהם את הצורך במרדף אחר המשתמשים המשדרים את היצירות באופן חוזר ונשנה מבלי שהם מכבדים את זכויות היוצרים;
 3. **הסדר ניהול הזכויות בתלי הוא יעיל ביותר משום שהוא משרת גם את המשתמשים המוכנים לכבד את זכויות היוצרים.** אלה מקבלים, במסגרת ההסדר, רשיון אחד לכלל היצירות האורקוליות, ומנגנון זה מקטין דרמטית את עלויות העיסקה לכל ומגביר את התפוקה בשוק היצירה;
 4. **הסדרי ניהול זכויות יוצרים של במאים ותסריטאים קיימים בעשרות מדינות בעולם,** מאחר ומדובר במנגנון חיוני לעצם היכולת לאכוף ולקיים זכויות אלה, המוכרות בחוק אך הופכות ל"אות מתה" ללא הסדרי ניהול זכויות כאמור;
 5. **הסדר ניהול הזכויות בתלי אינו כולל את אותן הגבלות תחרות שהיו בהסדרים שנדונו בפני בית הדין:** הכתבת בלעדיות ליוצרים, קשירה והכתבת מחיר למשתמשים, ועוד.
- יש לאפשר, על כן, לתלי להמשיך ולהגן על זכותם של היוצרים האורקוליים, ולא לשים מכשלות בדרכה. זוהי מהותה של בקשה זו.**

זכויות היוצרים נשוא ההסדר הן ארבע אלה: זכויות הביצוע הפומבי (Public Performance Rights), זכויות השידור (Broadcasting Rights), זכויות ההשכרה (Rental Rights) וזכויות ההעמדה לרשות הציבור (Making Available to the Public Rights), הכל בהתייחס לתסריט והבימוי ביצירות האורקוליות של תסריטאים ובמאים. בנוסף, מייצגת תלי את זכות התסריטאים והבמאים לקבלת גמול יוצרים מכוח סעיף ד' לפקודת זכות-יוצרים - המכונה "חוק הקלטת הריקה"; (כל הזכויות האלה יחד יכוננו: "הזכויות המיוצגות" או - "זכויות תלי").

השירותים אותם מעניקה תלי, הם, בעיקרם, אלה:

- (1) **הקמתו וכינונו של הסדר ניהול הזכויות,** באמצעות ניהול משא ומתן עם המשתמשים המעוניינים לעשות שימוש ביצירות שברפרטואר תלי (לרבות גופי השידור הגדולים במשק) ולקבל רשיון שימוש ביצירות אלה, כנגד תשלום תמלוגים (דמי הרשיון);
- (2) **מימושו, ניהולו וקיומו בפועל של הסדר ניהול הזכויות - לשם כך נדרשת תלי לפתח ולקיים מערך מקצועי מיומן, לרבות בעניינים משפטיים וחשבונאיים;**

(3) תיעוד, מעקב ובקרה ובנייתו וטיובו של מאגר מידע מרכזי (מסדי נתונים ומאגר ניהול נתונים) הכולל, בין היתר, פרטים לגבי יצירות של חברי תלי, סוגות, משכי זמן, שמות תסריטאים ובמאים של כל יצירה ויצירה וחלוקת האחוזים ביניהם, שמות משתמשים וכמות ומועד השימושים שלהם ביצירות חברי תלי;

(4) גבייתם של ריכוזי התמלוגים מהמשתמשים, חישובם וחלוקתם לחברי תלי;

(5) נקיטת אמצעי אכיפה משפטיים כנגד מי שמפר את הזכויות;
(כל אלה יכוננו ביחד להלן: "המטרות והשירותים של תלי")

II. עמדת דיני התחרות – נחיצות הניהול המשותף של זכויות יוצרים

דיני התחרות וההגבלים העסקיים הכירו זה מכבר, בעולם ובישראל, בחיוניות קיומם של הסדרים לניהול משותף של זכויות יוצרים – לעצם ממשותף וקיומן של זכויות היוצרים, בהיותן זכויות קשות אכיפה (מסיבות שיפורטו בהמשך). הדברים נאמרו במפורש, פעם אחר פעם: ראשית, עמד בית המשפט העליון על הקשר הישיר שבין שמירתה והגנתה של זכות היוצרים לבין קיומו של מוסד היצירה, על חשיבותו של מוסד זה לחברה:²

"לזכות היוצרים משמעות לא רק במובן הגנתו של הקניין הקיים והיא נועדה גם להבטיח את היצירה העתידית. ההנחה היא, כי מלאכת היצירה דורשת השקעת משאבים וכי לולא הגן הדין על היוצר, במובן זה שניתן לו ליהנות מפירות היצירה במידה שתהפוך את ההשקעה לכדאית עבורו, הייתה היצירה מתמעטת והולכת..."

הוסיף בית המשפט העליון ועמד על מהות האינטרס הציבורי העומד במרכז של בקשה זו:

ההגנה על זכות היוצר ביצירתו נועדה, אם כן, להגשמת אינטרס רחב יותר, הוא עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר - כמו במקרה של יצירה מוסיקלית - את תרבותו."

האינטרס הרחב בקיומה של יצירה הקשור בעבותות לאינטרס אכיפת זכויות היוצרים לקבלת תמלוגיהם – הוכרו אפוא בפסיקה המחייבת של בית המשפט העליון. אולם, בכך לא נעצרו הדברים. בית המשפט העליון אף קשר בין שני אינטרסים ציבוריים חשובים אלו – לבין קיומם של ארגונים לניהול משותף של זכויות יוצרים – כתלי. כך פסק ביהמ"ש העליון בפרשת אקו"ם, כי:

דברים אלה יפים הם אף כשבעל הזכות אינו יחיד, כי אם ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים. ארגונים כאלה, שהיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס ההבנה, כי בפועל, ללא קיומם, יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי היותה מושלת בספק." (ההדגשות הוספו)

² רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת הקומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נגד תחנת השידורים גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625 (להלן: "פרשת אקו"ם").

פסיקת בית המשפט העליון יצרה, אפוא, "שרשרת הגנה". חוליותיה מחוברות זו לזו בקשר בל יינתק: האינטרס בקיומה של היצירה – האינטרס בהגנת זכויות היוצרים וביכולת לאוכפן ביעילות ובאפקטיביות – והאינטרס בקיום ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים אשר יוכלו להעניק רשיונות שמיכה למשתמשים. שלוש חוליות אלה הן רצף ב"עמוד שדרה" אחד, המגן על טובת הציבור בראי האינטרס הציבורי הרחב בקיומה של היצירה.

בהמשך לכך, הדגיש בית דין נכבד זה כי לולא קיומם של ארגונים כאלה – לא היו היוצרים יכולים לממש את זכויותיהם, ואלה היו נותרות כ"אות מתה":

"מקובלת עלינו טענות המבקשות, כי גיהול משותף של זכויות היוצרים הנה הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות הקול המוגנות ולאכוף את זכויותיהם של בעלי זכות ההשמעה ביצירות." [פרשת הפדרציה]³

לא בכדי זקוקה זכות היוצרים ל"עמוד שדרה" מגן. זכות זו היא "יצור מיוחד" בשל חולשתה המיוחדת (שתפורט בהמשך): העובדה כי בשונה מקנין גשמי ניתן להשתמש פיסית ביצירה, שוב ושוב, מבלי כל מחסום זולת אכיפת הדין. בלא יכולת לאוכפה אפקטיבית – אין לה קיום ואין לה חיות. מכאן חיוניותו וחשיבותו של הסדר ניהול הזכויות – ככלי לאכיפה וקיום הזכות. אכן, נסיון העבר הוכיח כי ללא הסדר זה – אין, בפועל, זכות.

חשוב לציין כי עמדה זו, הרואה בהסדר ניהול הזכויות כמבטיחה את אכיפתן וקיומן של זכויות היוצרים – היא גם עמדתו לאורך שנים של הממונה על ההגבלים העסקיים. כך למשל ציין בית הדין להגבלים העסקיים את עמדתו של הממונה כלפי רשיונות שמיכה שהם תוצר הלוואי של תאגידיים לניהול משותף:

"הממונה מסכים, כי התאגדות של בעלי זכויות יוצרים למתן רשיונות שמיכה הנה, בעקרון, לטובת הציבור, משום שיש בכך כדי להגביר את התפוקה, להעמיק את ההגנה על זכויות היוצרים ולחסוך בעלויות עסקה ועלויות אכיפה." [פרשת הפדרציה הג'ל, סעיף 10 שם] (ההדגשות הוספו)

הרציונל הבסיסי האמור, היוצק בסיס נרחב ומוצק להכרה בדבר הצורך, בתחום דיני זכויות היוצרים, בתפקידו של הסדר ניהול משותף של זכויות – קנה אחיזה רחבה בדיני ההגבלים העסקיים, בפסיקה עקבית, רבת שנים המכירה בצידוק ובלגיטימיות שבהסדרים לניהול משותף של זכויות: כך נדונו ואושרו בזה אחר זה, ארגוני הניהול המשותף: הפדרציה לתקליטים וקלטות, הפי"ל ואקו"ם. דינה של תלי להתאשר, על פי אותו רציונל ובהתאם לאותם עקרונות. במובן זה, הדיון בפרשה הנוכחית אינו אלא המשך ישיר לפסקי הדין ולקביעות בית דין נכבד זה בכל אותם תקדימים מנחים בעניינן של חברות תמלוגי יוצרים אחרות: הפדרציה, הפי"ל ואקו"ם. יתר על כן, הרציונל שעמד ביסוד אותם פסקי דין מועצם ומקבל משנה תוקף לאור הנסיבות המיוחדות העומדות ברקע ההליך הנוכחי, אשר יפורטו להלן.

³ ה"ע 3666/00, 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', פס"ד מיום 30.4.04 – סעיף 52 לפסק הדין (להלן: "פרשת הפדרציה").

III. עידן ריבוי המסכים ו'נדידת התכנים'

תמורה יסודית וחשובה מתחוללת בשנים האחרונות בעולם היצירה האורקולית. עיקרה במעבר **לעידן 'ריבוי המסכים'**: הגדלת רוחב הפס ויכולת האחסון הדיגיטלית הביאו לריבוי פלטפורמות התקשורת, גידול עצום במספר הגורמים שבאמצעותם ניתן לשדר ו/או להעמיד לרשות הציבור יצירות אורקוליות, לרבות באמצעות VOD, סלולר וברשת האינטרנט, כאשר הלכה למעשה כל אתר אינטרנט, זעיר ככל שיהיה, יכול לשלב בתוכו ללא עלות נגן וידאו ובאמצעותו להעמיד לרשות הציבור ולשדר תכנים שונים, לרבות יצירות אורקוליות. תופעה זו מתרחשת בפועל.

הופעת עולם האינטרנט והפיכתו לפלטפורמת צפייה מרכזית בצוותא חדא עם הלכידות הטכנולוגית (Technology Convergence) – גורמים, כבר כיום, לטשטוש גבולות בין הטלוויזיה "של פעם" לבין מכשירי קצה אחרים, מסכי מחשב, ניידים, טאבלטים ומכשירי סלולר. כאשר היצירות האורקוליות מועברות בפס רחב באמצעות תקשורת קווית, ברשת הבזק או הכבלים, או ברשתות אלחוטיות באמצעות לוויין, DTT או אנטנות סלולריות.

כל אלה הגבירו את תפוצתן של היצירות האורקוליות, העניקו להן אורך חיים ארוך מאוד (קרי, אם משך חיי של זכות היוצרים הוא משך כל חיי היוצר וכן ובנוסף 70 שנים לאחר מותו, אזי כיום (ובניגוד למצב בעבר) אין ספק בדבר הזמינות הטוטלית ואפשרות הניצול באופן יעיל ומהיר של יצירות אורקוליות למשך כל משך חיי הזכות), הפכו אותן לנגישות לכל ומכל מקום, בעוצמה כפולה ומכופלת. לא ניתן להפריז בחשיבותו של תהליך זה ובמשמעותו: כך כיום, זמן קצר לאחר הופעת יצירה אורקולית לראשונה בטלוויזיה או בקולנוע, ניתן לאתרה על נקלה באינטרנט וכן לצפות בה באמצעות אינספור של מכשירי קצה מכל מקום ובכל עת. העולם הדיגיטלי המאפשר טכנולוגית את תופעת ריבוי המסכים, מאפשר במקביל העתקת תכנים אורקוליים בקלות רבה וכמעט ללא עלות.

תופעה זו, המכונה 'נדידת התכנים', מיתרגמת לאינטנסיביות בשידורי היצירות האורקוליות, שוב ושוב, ולריבוי המשתמשים בהן. היא מעצימה באופן דרמטי את הצורך בגוף קולקטיבי שיוכל להתחקות אחר כלל המשתמשים המשדרים את יצירתו של היוצר הבודד, על מנת שזה יוכל לגבות ולקבל מהם תמלוגים בגין שידור יצירתו. אף שהשימוש המצרפי ביצירה האורקולית הולך ועולה, הרי שריבוי המשתמשים (כגון: אתרי אינטרנט) גורם לכך שהשימוש והצריכה הממוצעים ביצירות אורקוליות לגבי כל אתר אינטרנט נמוכים בהרבה בהשוואה לשימוש ולצריכה הממוצעים של ערוצי הטלוויזיה. מכאן, שהכדאיות של הגשמת המטרות והשירותים של תלי (כפי שתוארו לעיל) מול משתמשים בהיקף נמוך יחסית – אינה קיימת מבחינת התסריטאי והבמאי הבודד. היא כלכלית אך ורק במקרה של גוף קולקטיבי המבצע פעולות אלה במרוכז עבור ציבור התסריטאים והבמאים.

במציאות זו, התסריטאי והבמאי הבודד, אינם יכולים לבצע עבור עצמם באופן שוטף, עקבי ותמידי את המטרות והשירותים של תלי (כפי שתוארו לעיל). כל אלה אינם אפשריים בעולם "נדידת התכנים" לא ברמת היוצר הבודד, אף לא ברמת קבוצה מוגבלת של כמה יוצרים. הדבר מצריך מנגנונים מקצועיים מתמחים. למשל נקיטת אמצעי אכיפה, שכפי שיובהר בהמשך, כמעט בהגדרה אינה כדאית כלכלית במקרה ההפך הספציפי, אלא רק בראי של האינטרס הכולל של חברת תמלוגים המאגדת את מרבית התסריטאים והבמאים בתחום.

עולם נדידת התכנים ותיכוף השימוש ביצירות האורקוליות מנביע צורך עמוק, בסיסי ויסודי: התסריטאים והבמאים, בראותם לפנייהם עולם מרובה משתמשים (לא רק משדרי טלוויזיה אלא, כאמור, כלל המשדרים על גבי מסך כלשהו, בכל תצורה), אינם יכולים לכוון מאות ואלפי עסקאות מול מי שמעוניין לעשות שימוש ביצירתם ומול מי שאולי מעוניין לעשות כן בעתיד. לשם כך, היוצרים זקוקים לארגון קולקטיבי מקצועי ומיומן שיעשה זאת עבורם, ויאפשר להם להקדיש את זמנם ומרצם ליצירה נוספת, לחדשנות, לביטוי של רעיונות חדשים. בפרט כך, כאשר הניסיון מלמד כי מבני השוק הריכוזיים והא-סימטריה בין משדרים ליוצרים אינם מאפשרים למעשה לתסריטאים והבמאים של היצירות האורקוליות לממש כל אחד באופן פרטני את זכותו לתמלוגים מול המשתמשים.

דוק, גם למשתמשים – לגבי המשתמשים למיניהם כגון: תאגידי השידור) ביצירות אורקוליות קיים צורך מוכח לקבל מכלל התסריטאים והבמאים רשיון שימוש כללי (לביצוע פומבי, שידור, השכרה או העמדה לרשות הציבור) המעניק להם ביטחון, הוא רשיון השמיכה – אשר כשמו כן הוא "מכסה" ומקנה זכות שימוש בכל היצירות של כלל התסריטאים והבמאים החברים בתלי. הניסיון מלמד כי קבלת רשיון שמיכה (Blanket License) כאמור, לא רק שמזערת את עלויות העיסקה של המשתמשים וחוסכת להם אלפי משאים ומתנים, מול כל במאי ותסריטאי ספציפי – היא אף מקנה להם "ביטוח מקיף" מפני תביעות בגין הפרת זכויות יוצרים וגמישות מלאה בתכנון לוח המשדרים/שימושים שלהם, לרבות היכולת לשנותו בכל עת מבלי להידרש למו"מ חדש מול כל תסריטאי ובמאי.

בהמשך נדון בהתנהלות של המשתמשים והחיסכון הקיים להם עקב קיום הסדר ניהול הזכויות של תלי. בהקשר זה מצורפים לבקשה דבריהן של נושאות משרה בכירות בגופי שידור: עו"ד דבורה קמחי, סמנכ"לית רגולציה והיועצת המשפטית של ערוץ 10; והגב' מיכל רפאלי-כדורי, סמנכ"לית רגולציה וניהול משפטי של חברת YES (לשעבר יו"ר מועצת הכבלים). שתיהן מציינות בכתב **(נספחים "1ג-2ג")**, את התועלת הברורה הקיימת למשתמשים בהסדר ניהול הזכויות באמצעות תלי.

גם בראיית המשק והציבור בכללותו, הסדר ניהול הזכויות בכלל, ורשיון השמיכה לכלל היצירות בפרט – נמצא כהסדר חיוני, יעיל ומועיל. זאת מאחר, ולצד החיסכון בעלויות, היעילות והיכולת לאכוף זכויות יוצרים – הוא מרחיב את התפוקה ומעודד שימוש רב יותר ביצירות: בלעדי הסדר

זה יהיו יצירות שהזכויות בהן מפוזרות בידי גופים שונים, רבים ונפרדים; עלויות השימוש החוקי ביצירות אלה יותמרו, ועלויות העיסקה באיתור יוצרים ויצירת הסכמים ספציפיים מולם תביא לצמצום השימוש ביצירות, ולחוסר יכולת לקבל רשיון שמיכה גורף במו"מ אחד, מגוף אחד; או לחילופין – לאי כיבוד הזכויות לתמלוגים של תסריטאים ובמאים, כפי שאירע רבות בעבר.

על רקע זה לא ייפלא כי ארגונים לניהול משותף של זכויות לתמלוגים של תסריטאים ובמאים קיימים זה מכבר בלמעלה מ- 50 מדינות ברחבי העולם. היבט זה מפורט בפרק י' לבקשה זו.

IV. הסדר ניהול הזכויות בתלי נעדר כבילות ואינו פוגע בתחרות

עובדה פשוטה ובולטת בהסדר ניהול הזכויות בתלי ראויה לציון מיוחד: הסדר זה נעדר כבילות שאפיינו את כל הסדרי ניהול הזכויות שאושרו בעבר (הפדרציה, הפי"ל, אקו"ם):

■ **ראשית**, החברות בתלי פתוחה לכל מי שיצר תסריט ו/או בימוי (המכונה לצורך בקשה זו כתסריטאי או במאי אף אם עיקר מקצועו או עיסוקו הוא אחר: למשל בתלי חברים גם כאלה שהם בעיקרם "מפיקים", אך יצרו ברבות השנים גם תסריט ו/או בימוי);

■ **שנית – העדר בלעדיות:** החברות בתלי, בשונה מאקו"ם בשעתו, אינה מותנית בכך שהיוצר יעביר לטיפול של תלי את **ניהול הזכויות בכל** התסריטים ויצירות הבימוי שלו והוא יכול להעביר לתלי ניהולם של רק חלק מהם;

■ **שלישית, קיימת יכולת מעבר של כל חבר תלי עם יצירותיו:** לחברי תלי מותר, בכל נקודת זמן בה יחפצו, כולל לאחר הצטרפותם לתלי – להחריג מתלי כל יצירה מיצירותיהם, ולהעבירה לניהולו של גוף אחר, שאינו תלי, או לניהול עצמי;

■ **רביעית – היעדר כפיית מחיר:** תלי קיבלה החלטה מחייבת כי בכל מקרה של מחלוקת בינה לבין משתמש בדבר גובה דמי הרשיון (תמלוגים) - מחוייבת תלי, במסגרת הסדר ניהול הזכויות, להעביר המחלוקת לבירור ולהכרעה בפני מגשר/בורר בלתי תלוי. התוצאה היא אפוא כי בעוד שבארגוני ניהול זכויות אחרים החשש המרכזי הוא מהכתבת מחיר מתואם מופקע למשתמש⁴ – הרי שלתלי אין יכולת להכתיב למשתמש מחיר כאמור עבור רשיון השימוש. זאת מאחר וכל משתמש זכאי להביא את קביעת המחיר (גובה דמי הרשיון) – להכרעה אובייקטיבית, עצמאית ובלתי תלויה לגמרי בתלי. החלטת דירקטוריון תלי מיום 16.10.12 מצ"ב לתצהירו של מר אבי שמש (נספח "א1" לבקשה).

⁴ "הכבילה המרכזית בהסדר הכובל שלפנינו, מתבטאת בתיאום מחיר רשיון השמיכה על-ידי חברות התקליטים." (סעיף 81 לפסה"ד בפרשת הפדרציה). בענייננו אין לחשש זה יסוד, באשר קביעת המחיר נתונה לקביעת בורר לא תלוי.

■ **חמישית**, בהיעדר בלעדיות, התניה חוסמת מעבר וכפיית מחיר – תלי חייבת לשמור על יעילותה בכל רגע נתון: אם לא תשרת את טובת חבריה מחד, או תאבד את יכולתה להגיע להסכמים עם משתמשים מאידך, עשויים חבריה לנטוש ולהקים ארגון מתחרה, בדיוק כפי שעשו התסריטאים שפרשו מאקו"ם והקימו את תלי.

על רקע דברים אלה, ולאור גישתו העדכנית של בית המשפט העליון בפרשנות המונח "הסדר כובלי", כפי שתפורט בפרק ז' להלן – עולה ספק נכבד אם קיימת פגיעה ממשית כלשהי בתחרות בעסקים עקב הסדר ניהול הזכויות. מכל מקום, לא ניתן לחלוק על כך שבהשוואה להסדרי ניהול זכויות שעברו כבר תחת בית הדין להגבלים עסקיים – במישור הכבילות שבהסדר ניהול הזכויות בו עסקינן בבקשה זו מדובר בהסדר נטול כבילות של ממש. החשש לפגיעה בתחרות עקב ההסדר הוא, כפי שנראה, יותר במישור התיאורטי מאשר בעל משמעות ממשית של הפחתת תחרות.

בסופו של יום, על רקע כל האמור לעיל ולאור התועלות שבהסדר כפי שייפרשו במפורט בבקשה ובנספחיה לא יכול להיות ספק כי בבחינת מאזן התועלת לציבור שבסעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים קיימת הצדקה מלאה לאשר את הסדר ניהול הזכויות: לא זו בלבד שיש בו תועלת מכוננת לקיומן המעשי של זכויות היוצרים וליצירה עצמה – הוא אף אינו כרוך בנזק משמעותי לתחרות. לא רק שההסדר פועל באופן חד משמעי לטובת הציבור, אף היבטי הפגיעה הממשית בתחרות, ככל שאפיינו בעבר הסדרי ניהול זכויות, אינם קיימים בענייננו. – נושא זה ייסקר בפרק ז' לבקשה.

הדברים מקבלים ביטוי מפורט, בכל מישור ומישור בתצהירים ובחוות הדעת הנלווים לבקשה זו ומהווים, כאמור, חלק בלתי נפרד הימנה. התצהירים יוצקים את ההיבט העובדתי הרחב שביסוד הבקשה ואילו חוות הדעת, המהוות חלק בלתי נפרד מן הבקשה – נותנות ביטוי ליתרונותיו של הסדר ניהול הזכויות והתועלות הגלומות בו – הן כלפי ציבור היוצרים, הן כלפי ציבור המשתמשים והן כלפי הציבור כולו, הנהנה מ**מיקסום היצירה והגדלת תפוקתה**. חוות הדעת סוקרות גם את מבנה השווקים הרלבנטיים, על היבטי התחרות, הכוח והאיזונים הנדרשים ומציבות את הסדר ניהול הזכויות באספקלריה זו.

ג. פירוט

1. מי היא תלי?

תלי- חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל, מאוגדת כחברה בע"מ החל משנת 2000 והיא פועלת לשם מימוש המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתן לעיל).

חברי תלי הינם כ-1,639 יוצרים עצמאיים העובדים רובם ככולם, כ-Free Lance, בהתקשרות קצרת מועד (בממוצע סדר גודל של חודשים בודדים) אצל הגופים הגדולים הפועלים בתחומי הטלוויזיה (חברות HOT ו-Yes, זכייניות ערוץ 2 וערוץ 10 ורשות השידור). ההתקשרות נעשית, בדרך כלל, באמצעות חברות הפקה המתקשרות עם גופים אלה, אך לעיתים גם בהתקשרות ישירה.

ההצטרפות לתלי פתוחה בפני כל תסריטאי ו/או במאי שיצירתו שודרה (או עומדת להיות משודרת) באופן פומבי לפחות פעם אחת, ולשם הצטרפות כאמור על היוצר לשלם תשלום חד-פעמי בסך 150 ₪ המהווה זכות למניה אחת בתלי, כאשר כל מניה שווה קול אחד, ללא קשר לותק בחברה. התמלוגים משולמים בהתאם לשימושים בפועל ביצירות של כל חבר, על בסיס פרמטרים אחידים ושקופים לכל חברי תלי, אשר גובשו בדיונים פתוחים של חברי תלי.

תלי אינה עוסקת בניהול כל זכויות היוצרים, אלא מתמחה בניהול משותף של זכויות תלי (כהגדרתן לעיל).

II. כיצד עובד הסדר ניהול הזכויות

עם הצטרפו לתלי מגיש התסריטאי ו/או הבמאי בקשת הצטרפות וחותם על הסכם בו הוא מעביר לתלי את זכויות תלי ואשר תלי מתמחה בניהולן, וזאת בהתייחס לכולן או חלקן (לפי בחירתו), לגבי התסריטים והבימוי של אותו תסריטאי ו/או במאי, וזאת בהתייחס לכולם או חלקם (לפי בחירתו).

יודגש: אין כל חובה לתסריטאי ובמאי להיות חבר בתלי; אין כל חובה למי שבוחר להיות חבר תלי להעביר לתלי את הטיפול בכל יצירותיו האורקוליות, קיימות או עתידיות; אין כל חובה למי שבוחר להיות חבר תלי להעביר לתלי את הטיפול בכל הזכויות המיוצגות, והוא רשאי להעביר לתלי את הטיפול בכל או רק בחלק מיצירותיו האורקוליות, קיימות או עתידיות;

כלומר: אין כל חובה או התחייבות של חבר תלי לתת לתלי בלעדיות כלשהי.

יתר על כן, בין תלי לבין כל אחד מחבריה קיים חוזה המאפשר לחבר חירות מלאה, ברצותו, לפרוש מתלי בכל עת עם כל זכויותיו ביצירות, לחילופין - להחריג מניהולה של תלי יצירה כלשהי, או להחריג מניהולה של תלי זכות כלשהי לגבי יצירה אחת או יותר, הכל לפי רצונו. התנאי היחיד לכך הוא הודעה מצידו. כך קובע סעיף 2.7 להסכם העברת הזכויות מן החבר לתלי:

"היוצר רשאי בכל עת להודיע לתלי" בכתב על החרגת יצירה או זכות מזכויותיו מתחולת הסכם זה. הודעה כאמור תציין את שם היצירה המלא שברצון היוצר להחריג. הודעת היוצר תיכנס לתוקף כעבור 30 (שלושים) ימים מקבלת ההודעה במשרדי תלי". על יצירה כאמור יחולו הוראות סעיף 4.2 להלן ובכפוף לכך יהיה היוצר רשאי לפעול בעצמו או באמצעות כל גוף אחר שבו יבחר, לגביית תמלוגים בקשר עם הזכויות המועברות".

בבקשת ההצטרפות, עליה חותם כל חבר עם הצטרפו לתלי, נקבע במפורש כי זכותו של החבר היא להעביר לניהולה של תלי רק חלק מן היצירות:

"ידוע לי כי אני רשאי להעביר לתלי זכויות כאמור רק לגבי חלק מיצירותי וכי אין כל מחוייבות, מפורשת או משתמעת, שאעשה זאת לגבי כל יצירותי, כי במקרה בו אעביר זכויות רק לגבי חלק מיצירותי, אזי תלי תטפל רק בחלק אותו העברתי לידיה".

ודוק – העברת הזכויות לניהולה של תלי אינה חד פעמית: נקודת ההחלטה של התסריטאי או הבמאי היא לגבי כל יצירה ויצירה לגופה. דהיינו, חבר תלי נדרש להחליט בכל יצירה האם הוא מעונין להעביר את זכויותיו לקבלת תמלוגים באותה יצירה - לניהולה של תלי, להותירן בידו, להעבירן לאדם או גוף אחר, או לוותר עליהן.⁵

כלל הזכויות של היוצרים חברי תלי שהועבר לניהולה של תלי מהווה את "רפרטואר תלי": מכלול היצירות אשר תלי מנהלת את זכויות הבמאים והתסריטאים בהן. תלי מעניקה לכל מי שמעוניין להשתמש ביצירות הכלולות ברפרטואר זה, או כל מי שחפץ להשתמש בהן בעתיד – רשיון שימוש בזכויות היוצרים שהועברו לה על ידי חבריה. נקדים את המאוחר ונאמר כי ככל שרפרטואר זה משמעותי וגדול – כן גדלה היעילות והחיסכון ליוצר ולמשתמש בשימוש בהסדר ניהול הזכויות. לעומת זאת, ככל שרפרטואר זה מצומצם, כן קטנה התועלת הן למשתמש והן לתסריטאי והבמאי מקיומו של הסדר ניהול הזכויות.

מאחר והמשדר המעוניין לכבד את זכויות היוצרים - חפץ לשמור לעצמו על גמישות רבה בתכנון לוח המשדרים שלו, ומאחר ולרוב הוא לא יכול לדעת במדויק מראש ואף לא מעוניין להתחייב מראש מהו "ארסנל" היצירות שישודרו על ידו, היצירות הקיימות או העתידיות שירכוש, היצירות העתידיות שיזמין, איזה תסריטאים ובמאים יתקשרו עם המפיקים איתם הוא יתקשר בהתקשרות עתידית (כולל תסריטאים ובמאים שעדיין לא נמצאים באותה עת במעגל היצירה) – נוטל המשדר מתלי רשיון לעשות שימוש בכל זכויות תלי (כהגדרתן לעיל) שבניהולה (ושיהיו בניהולה) של תלי, לגבי כל היצירות הכלולות (ושיהיו כלולות) ברפרטואר תלי. המדובר אפוא, בנכס רב חשיבות: זהו כלי המשריין למשתמש את השימוש, בהיבט זכויות היוצרים האורקוליים, בכל היצירות הקיימות ושיהיו קיימות ברפרטואר תלי, במועד ההתקשרות ובכל עת לאחר מכן.

על שום השתרעותו על כלל היצירות ברפרטואר תלי, מכונה הרשיון – "רשיון שמיכה" (Blanket License). רשיון זה מקנה למקבלו מעין ביטוח מהפרת זכויות היוצרים - חברי תלי.

⁵ עם זאת, על מנת שתלי לא תפר התחייבותה כלפי המשתמשים, ככל שיצירה נכללה כבר בהסכם של תלי מול משתמש, תחול ההחרגה (לגבי אותו משתמש בלבד), רק בסיום ההתקשרות בין תלי למשתמש. גם עניין זה מעוגן בהסכם העברת הזכויות. תקופת התקשרות זו אינה ארוכה: כך, סעיף 4.2 להסכם העברת הזכויות קובע: "מובהר בזה כי תקופת תוקפם של הסכמים ורשיונות בהם מתקשרת תלי עם צדדים שלישיים כאמור אינם עולים, ככלל, על תקופה של ארבע (4) שנים".

III. השירותים שתלי מעניקה לחבריה במסגרת הסדר ניהול הזכויות

השירותים שתלי מעניקה במסגרת הסדר ניהול הזכויות משויכים לכמה מקטעים משלימים, המהווים רצף אורגני. הם מבוססים על מאגר מידע ומערכות הסכמיות של תלי מול תאגידי השידור והמשתמשים האחרים. וזה עיקרם:

(א) כינון הסכמים מול כלל הגופים המשדרים בהם מתחייב המשדר לתשלום באמצעות תלי של תמלוגים לתסריטאים והבמאים שיצירתם תשודר באמצעותו - בסכום או שיעור המוסכם עם תלי (או במקרה של מחלוקת - השיעור שייקבע בידי מגשר/בורר). כנגד הסכמה זו מקבל המשדר רשיון שמיכה לשימוש ברפרטואר תלי (או אם ברצותו - רשיון אחר בהיקף מצומצם יותר);

(ב) מעקב מרוכז אחרי כלל השימושים של המשדרים ביצירות חברי תלי ותיעוד וטיוב הנתונים בדבר השימושים ועיתויי שידורם, ושיוך כל שידור ושידור לכלל היוצרים ביצירה - לגבי כלל היצירות (מדובר בלמעלה מ-65,000 יצירות);

(ג) הוצאת דרישות תשלום לתאגידי השידור ולמשתמשים אחרים לפי דוח שימושים המפורט לאותו משדר או משתמש, לגבי כלל היצירות בהן נעשה שימוש בפועל או על פי תחשיב אחר (לפי הקבוע בהסכם הרשיון עם המשתמש);

(ד) גבייה וקבלה של כספי התמלוגים מתאגידי השידור והמשתמשים האחרים, וחלוקתם לחברי תלי השונים על פי היקף, סוג ואיכות השימוש ביצירותיהם, בהתאם לפרמטרים אחידים ומוסכמים, הנקבעים בשקיפות מלאה, לאחר דיון הפתוח לכל חברי תלי;

(ה) ייצוג עניינם של התסריטאים והבמאים בקרב מקבלי החלטות ברמת הכנסת והממשלה;

(ו) חברות בארגונים בינלאומיים של חברות תמלוגים ליוצרים ובמידת האפשר, הסכמים לגביה של תמלוגים בגין שימוש ביצירות חברי תלי בחו"ל;

(ז) מתן סיוע משפטי ליוצרים בעת הצורך.

IV. מנגנוני המעקב, התיעוד, הבקרה והגבייה

תלי הקימה מסד נתונים ומערכת ממוחשבת המנהלת את מסד הנתונים וכן את התהליך המחבר בין נתוני החברים, היצירות, הזכויות ביצירות והשימושים לבין הפקת החשבונות והעברת התשלומים לחשבונות החברים.

מסד הנתונים הקיים בתלי מהווה את התשתית לפעילות ניהול זכויות תלי (כהגדרתן לעיל). במסד הנתונים מתועדות היצירות, ותיקות וחדשות, של חברי תלי, בעלי הזכויות ביצירות הללו וחלקן של כל בעל זכות ביצירה.

בשל העובדה שאין חוק המחייב את המשתמשים לאחידות בדיווח על היצירות, מגיעים הדיווחים לתלי בשלל פורמטים וקודים שאינם אחידים, נתונים חלקיים, לעיתים שגויים לעיתים עם חוסרים מהותיים, לעיתים בהעדר תאימות בפרטים של יצירה מסוימת בין משתמשים שונים או בקושי בזיהוי היצירה בשימוש (למשל דיווח על שימוש במערכונים מהתוכנית "ארץ נהדרת" מבלי יכולת לזהות באיזה מהם ומי הם היוצרים) ולעיתים בסתירות לגבי זהות היוצרים או חלקם ביצירה. יש לציין כי קיימות יצירות רבות בהן מספר היוצרים עולה על עשרה יוצרים, דבר המסבך מאוד את המעקב, התיעוד וחלוקת התמלוגים. **כך למשל ביצירת סדרות זרמה כמות היוצרים הממוצעת ביצירה הוא כ-4.5 יוצרים, והכמות המקסימלית שהיתה ביצירה עמדה על 19 תסריטאים ובימאים ביצירה אחת, כמפורט בתצהירו של מר אבי שמש (נספח "א-1" לבקשה).**

חלק גדול מהעבודה במחלקת התיעוד של תלי, המונה מנהלת וחמישה עובדים, הוא דיאלוג מתמיד וסיזיפי מול מחלקות התיעוד של כל אחד מגופי השידור ומשתמשים אחרים, חברי תלי ולעיתים גם חברות ההפקה, עד לבירור כל הנתונים החסרים, השגויים או הסותרים.

כל מידע לגבי יצירה מועבר במקביל לקבלת אישור מהיוצר חבר תלי הנוגע ליצירה. זאת, בכדי לוודא שהמידע הינו השלם, המדויק והעדכני ביותר.

בנוסף למערך המידע קיים מערך של גביה, חישוב החלוקה והתשלומים. מערך זה משולב במערך התיעוד ושואב ממנו את הפרמטרים הנדרשים לצורך הגביה והחלוקה. כל מו"מ עם משתמשים מתבסס, בראש ובראשונה, על כמות ואיכות השימושים המתועדים, בהמשך ולאחר הגביה, כל חלוקת תמלוגים מבוססת על תחשיב המתבצע על נתוני השימוש ביצירות של כל חבר תלי, המוזרם לאחר בדיקה קפדנית של הזכויות לחשבונות החברים (לכל חבר תלי חשבון חובה/זכות עצמאי) ומתחבר להנהלת החשבונות של החברה.

מסד הנתונים והתוכנה הנלווית אליו פותחו על ידי תלי באמצעות אנשי מיחשוב ומערכות מידע במיוחד. זאת מאחר ואין תוכנות מדף ייעודיות לחברות תמלוגים.

המערכת דורשת שידרוג ותחזוקה שוטפים. כך למשל, לצורך התאמתה למורכבות השימושים בשלל פלטפורמות השידור, נדרשת תלי כיום להשקיע סכום העולה על 1 מיליון ש"ח במערכות מידע חדשות (מעבר לשוטף), להעסיק איש מערכות מידע, ספק תוכנה חיצוני וכן אנשי תשתית מחשוב לפיתוח ותחזוקת מערכת המידע.

הרחבה בנושא מהמטרות והשירותים של תלי (כהגדרתן לעיל) לחבריה ניתן למצוא בתצהירו של מר אבי שמש, **נספח "א1"** לבקשה זאת.

ד. הליכה – היצירה האורקולית ואבני הבנין בה

יצירה אורקולית (Audiovisual Work) משלבת את יכולותיהם היצירתיות של יוצרים שונים המשלימים זה את זה. ככלל, היצירה מסווגת על פי ז'אנר (סוגה) אליו היא שייכת, כגון: דרמה, דרמה יומית (טלנובלה), סרט קולנוע, תעודה, תכניות ילדים, ריאליטי ועוד. היצירה נתונה לזכויות יוצרים בהיותה "יצירה דרמטית" לפי חוק זכות יוצרים, התשס"ח – 2007⁶. ביצועה הפומבי של היצירה כפוף לזכות יוצרים (כמו גם העתקתה, השכרתה והעמדתה לרשות הציבור):

11. זכות יוצרים ביצירה היא הזכות הבלעדית לעשות ביצירה, או בחלק מהותי ממנה, פעולה, אחת או יותר, כמפורט להלן, בהתאם לסוג היצירה:

...

(3) ביצוע פומבי כאמור בסעיף 13 – לגבי יצירה ספרותית, יצירה דרמטית, יצירה מוסיקלית ותקליט;

התסריטאי והבמאי הם אדריכליה המרכזיים של היצירה האורקולית. וככאלה, הם נחשבים ליוצרים ולמחברים הראשיים שלה. נעמוד בקצרה על מקומם של התסריטאי והבמאי ב"שרשרת הערך" הטיפוסית של היצירה האורקולית.

■ **התסריטאי – היוצר המפתח את תשתית היצירה, העלילה והטקסט שלה, "יש מאין":** מהדף הריק אל התסריט המהווה את בסיס היצירה האורקולית. התסריטאי הוא זה המשקיע מזמנו ומרצו לפתח רעיון יצירתי וראשוני לכלל תסריט, אם לבדו ואם לעיתים בשיתוף עם הבמאי. הוא עובר לצורך כך, לרוב על חשבון זמנו ומשאביו תהליך ממושך של הגות וכתובה, ייצור מוצרי עזר חיוניים לתהליך ("סינופסיס", תקציר והצהרות כוונות של היוצרים, "בייבל", רשימת דמויות ועלילות יסוד בסדרה ועוד), גניזתם או הצגתם בפני גורמים נוספים (מפיק או משתמש פוטנציאליים), חזרה אל שולחן הכתיבה וגניזה, שינוי או ליטוש. רק מעטות מהיוזמות וההתחלות של התסריטאי יגיעו לכלל יצירה: רק חלק יצלחו להגיע לרמת התסריט המוגמר, ורק חלק מהתסריטים המוגמרים ימויינו כמתאימים להפקה, ישרדו את תהליך ההעמדה וההפקה ויראו אור בסופו של תהליך סינון. רק חלק קטן מאוד מהתסריטים ישרדו, יקרמו עור וגידים וישודרו. מתי מעט מאלו – גם יצליחו.

אלפרד היצ'קוק: "בשביל לעשות סרט טוב דרושים שלושה דברים: תסריט, תסריט ותסריט."

■ **הבמאי – המחבר את בסיס היצירה (התסריט) עם כלל רכיביה האומנותיים:** בחירת והדרכת השחקנים, פס הקול, בחירת המיקומים, זוויות הצילום, התאורה ועיצוב התפאורה. הבמאי

⁶ יצירה דרמטית מוגדרת בחוק זכות יוצרים: "יצירה דרמטית" – לרבות מחזה, יצירה קולנועית, יצירה דרמטית-מוסיקלית, יצירת מחול ופנטומימה.

הוא חוליה חיונית ביצירה בהיותו זה שמביא למעשה להגשמה ומימוש החזון הרעיוני של התסריט, תוך מימוש תפיסתו הטקסטואלית, האסתטית והויזואלית כבמאי. תחת ידיו קורם הרעיון היצירתי "עור וגידים". בסוגות מסוימות כגון דרמה, מקובל שהבמאי שותף בתהליך הפיתוח מול התסריטאי, מגיב לטיוטות שלו ומכניס לתסריט את האלמנטים שיביאו אותו בסופו של יום להיות יצירה אורקולית. ביצירה התיעודית, אלמנט התסריט הוא פחות מתוכנן וצפוי, בדרך כלל אין תסריטאי נפרד ומקובל שהבמאי מגבש מלכתחילה תפיסה של הסרט, ומתאים אותה במהלך הצילומים לחומרים שהתקבלו.

אלפרד היצ'קוק: "בסרטים עלילתיים הבמאי הוא אלוהים; בסרטים תיעודיים אלוהים הוא הבמאי."

ההפרדה בין תפקידי התסריטאי והבמאי אינה תמיד חדה. היא משתנה מסוגה לסוגה. בתלי יש במאים רבים שכתבו, תסריטאים לא מעטים שביימו ורבים העוסקים בשני התפקידים (קרי, חובשים, לעיתים, את שני "הכובעים"). אולם, העיקר הוא בזה – שני אלה: התסריטאי והבמאי הם מגבשיה של היצירה האורקולית, מעצבי הרעיון היצירתי ומיישמים אותו לפרטיו ביצירה, בדרכים שונות ומגוונות: החל מן הטקסט והעלילה, וסדר התנהלות הסצנות, עבור בקביעת הליהוק, ההעמדה, הצילום, התפאורה ושאר מפרטי היצירה.

אכן, מקומם המרכזי של התסריטאי והבמאי כה ברור עד שאין חולק כי הם "האדריכלים המרכזיים" ביצירה האורקולית הטלוויזיונית והקולנועית, ובהתאם גם בעלי זכויות היוצרים. הדברים עולים, בין היתר, מפסיקתו של בית המשפט העליון⁷, ומפסיקת בתי המשפט המחוזיים שדנו בעניין⁸.

ה. מבנה השווקים בהם פועלת תלי

I. השחקנים המרכזיים הפועלים בשוק היצירה

מבנה השוק בו פועלים היוצרים חברי תלי, כולל את השחקנים הבאים:

1. **חברי תלי:** יוצרים אור-קוליים (אודיו וויזואליים), בין אם תסריטאים ובין אם במאים, המעבירים לתלי את ניהול זכויותיהם לקבלת תמלוגים מביצוע פומבי, שידור, השכרה והעמדה לרשות הציבור של היצירות, פרי עמלם. חברי תלי מונים, כאמור, שני קהלים: תסריטאים ובמאים. תסריטאי הטלוויזיה היו בעבר חברי אקו"ם וקיבלו תמלוגים

⁷ ע"א 8393/96 מפעל הפיס ואח' נ' The Roy Export Establishment Company ואח', פ"ד נד(1) 577, בע" 588.
⁸ בשא (ת"א) 4636/03 אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תל"י וכן - תא (ת"א) 1217/06 חנן פלד נ' מתב מערכות תקשורת בכבלים בע"מ.

באמצעותה עד שנוכחו לדעת כי הם מופלים לרעה. אקו"ם סירבה לייצג את תסריטאי סרטי הקולנוע (Feature Film) ואלה לא קיבלו מעולם תמלוגים עד להצטרפותם לתלי.

הבמאים לא היו בעבר חברים באקו"ם.⁹ מאחר והבמאים לא היו חברים בארגון אחר לניהול משותף של זכויות יוצרים – הם לא קיבלו כל תמלוגים מן המשדרים בגין שידורי היצירות האורקוליות אותן ביימו. יתר על כן, עצם זכות היוצרים של הבמאים ביצירת הבימוי שלהם הוכחשה במשך שנים על ידי תאגידי השידור. עם הקמתה, השקיעה תלי משאבים רבים ביצירת מודעות בקרב מקבלי ההחלטות, עד שבתי המשפט קבעו כי הבמאי הוא מחבר לצד התסריטאי של היצירה האורקולית וכי הבימוי היא יצירה נשוא זכות יוצרים. תהליך זה החל בשנת 1999 ורק לאחר 7 שנים החלו הבמאים לקבל מתלי את התמלוגים המגיעים להם בגין שידור יצירותיהם. גם התסריטאים של סרטי הקולנוע, למרות שאיש לא הכחיש את זכותם לקבלת תמלוגים, לא זכו לקבל מעולם תמלוגים בהעדר ייצוג בתקופת אקו"ם, והחלו לקבל תמלוגים בגין סרטי הקולנוע שלהם רק עם הקמת תלי.

2. **המפיקים** - חוליה מקשרת בין היוצרים לבין תאגידי השידור הגדולים (המשתמשים ביצירה). המפיק מתקשר מצד אחד עם היוצר (בדרך כלל לאחר התגבשות הרעיון היצירתי), ומן הצד השני - עם אותם משתמשים שלהם פלטפורמה שמאפשרת את יישום היצירה; כגון: YES, HOT וזכייני הטלוויזיה המסחרית¹⁰. בשווקי היצירה בחו"ל נודע למפיקים מעמד משמעותי במיוחד, שעה שהם עצמם מממנים את תהליך הפקת היצירה. בישראל המצב שונה – המפיק, על פי רוב, לא יהיה זה שנושא בסיכון המימוני, אלא פועל יותר כמתווך – הוא מתקשר מצד אחד עם היוצרים, ומן הצד השני עם אותם תאגידי שידור שעליהם קיימות חובות הפקה, ולהם תמריץ ויכולת ההפקה מבחינת מקורות המימון. פרנסתו של המפיק באה, קודם לכול, מתאגידי השידור. לכן, שיווי המשקל של המפיק כחוליה מתווכת – מוטה, ככלל, לטובת תאגידי השידור. מיקסום האינטרס הכלכלי של התסריטאי והבמאי הוא בתחתית סדר העדיפויות שלו. בפרט כך, כאשר מספרם של תאגידי השידור, המעבירים לו "תקציב הפקה" הוא זעום. זאת ועוד: ישנם מצבים (ואין הם נדירים) בהם תאגיד השידור והמפיק חד הם או שיש ביניהם שותפות. או אז ברור, כי הקצאת תמלוגים באה במישרין על חשבונם של המפיק.

3. **המשתמשים**: באומרנו "משתמשים" הכוונה היא לגופים ה"מעלים את היצירה לאוויר" באמצעות ביצוע פומבי, שידור, השכרה או העמדה לרשות הציבור; למשל, גופי השידור הטלוויזיוני המסחרי, חברות כבלים ולוויין, חברות סלולר ואתרי אינטרנט. כמו כן קיימים משתמשים נוספים כגון ערוץ לווייני ישראלי בארה"ב ואירופה, חברות תעופה ובצד כל אלה משתמשים הנהנים מהביצוע הפומבי כגון: רשויות מקומיות, מוסדות חינוך, בתי מלון, בתי חולים, חדרי המתנה שונים, בארים עם מסכי טלוויזיה ועוד. יוער כי בשל היותה של תלי

⁹ אקו"ם עצמה לא הכירה בבמאי כמחבר של יצירה אור קולית (אקו"ם, שאחראית על פי חוק לחלוקת תמלוגי הקלטת הריקה, סרבה להענות לפניית הבמאים לקבלת חלקם בגין חוק הקלטת הריקה).

¹⁰ לפלטפורמות השידור שני כובעים. לעתים הן רוכשות יצירות ואז הן "משתמשים" ולעתים הן פועלות ככובען כמפיק עצמי של תכנים וגם ערוצים.

ארגון צעיר, לצד העלויות הגבוהות של המעקב והאכיפה, תלי התמקדה תחילה בגופים המרכזיים (בעיקר תאגידי השידור רשת, קשת, HOT, YES, רשות השידור, הטלוויזיה החינוכית והרשות השניה עמס תלי התקשרה בהסכמי רשיון) ששידורו לאורך שנים את יצירות חבריה, בהיקף נרחב, והחלה להתנהל מול משתמשים חדשים (כגון חברות הסלולר "סלקום", "פרטנר" ו"פלאפון" ואתרי האינטרנט "וואלה", "YNET" ו"תפוז" עמס תלי התקשרה בהסכמי רשיון), או משתמשים בהיקף נמוך רק בשנים האחרונות. בימים אלה תלי מנהלת מו"מ עם משתמשים מסוג זה. בכל מקרה, נבהיר: אין מדובר במשתמש הסופי (End User) אלא במי שמאפשר לאותו משתמש סופי לצרוך את היצירה האורקולית.

יש לציין כי בעוד שהמשתמשים הם רבים והם הולכים ומתרבים מיום ליום בשל השינויים הטכנולוגיים המאפשרים ריבוי מסכים, הרי שבשל עלויות ההפקה הגבוהות, הפקת היצירות ויצירתם ממומנת ומתבצעת למעשה במספר קטן של גופים עוצמתיים (Powerful Platforms): כך, למשל, ב"עולם" הטלוויזיה הישראלית מדובר במיעוט גופים, אשר גם הם מחולקים לשווקים שונים בהתמחויות שונות, עיקרם:

- זכייני הטלוויזיה המסחרית – קשת וערוץ 24 (בעלות אחודה), רשת, ישראל 10 ;
- גופי הטלוויזיה הרב ערוציים – חברת HOT (בעלת מונופולין) ומתחרתה YES ;
- גופי שידור ממלכתיים: רשות השידור.

עיקר לעניינו הוא זה: ככל שתינתן האפשרות בידי תאגיד שידור שלא לשלם כלל תמלוגים לתסריטאים ולבמאים, הנזקקים לו על מנת ליצור עוד יצירה, יבחר התאגיד בדרך כלל שלא לשלם, שכן, מטרתו היא למקסם את רווחיו. עוצמתו של תאגיד זה בשוק היא כזו שהוא יכול להכתיב ולאץ את התסריטאי והבמאי לוותר על זכותם לתמלוגים (נושא שיפורט בהמשך).

הדבר הוכח בעניינה של תלי פעם אחר פעם, כאשר חברות דומיננטיות, בעלות כוח רב בשוק השידורים – ניצלו לרעה את כוחן העודף וסירבו להכיר בזכותם של התסריטאים והבמאים לקבל תמלוגים. בהקשר זה תצויין אחת מחברות הטלוויזיה הרב ערוציות, אשר לא רק שסירבה להכיר בתלי, אלא גם קיבלה בעבר החלטה להחתים כל תסריטאי ובמאי על סעיף ויתור גורף על כל זכויותיו לתמלוגים **כתנאי מוקדם** להתקשרות איתו, שאינו נתון למו"מ. רק לאחר מאבק ציבורי שהתקיים בעניין של ציבור התסריטאים והבמאים בישראל "ניאותה" חברה זו לליבון הנושא בבוררות משפטית ורק בסיומה של בוררות מפרכת, שארכה כמעט שלוש שנים נחתם הסכם רשיון בין תלי ובינה. בוררות זו, שהתקיימה בפני נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), כב' השופט מ. שמגר, והיתה כרוכה בפניות של חברת הטלוויזיה הרב ערוצית לבית המשפט להפסקת הבוררות בתואנות שונות – חייבה את תלי לגייס משאבים רבים כדי לנהל. לאחר דיון הוכחות מלא, שכלל חקירות שתי וערב של עדים, לרבות עדים מומחים משני הצדדים – ביקשה חברת הטלוויזיה הרב ערוצית, ערב מתן פסק הבורר, ולאחר הגשת סיכומי הצדדים - לסיים את ההתדיינות בפשרה. במסגרת הסכם הפשרה שילמה חברת

הטלויזיה הרב ערוצית לחברי תלי עשרות מיליוני ש כתמלוגים בגין כל התקופה שמאז היווסדה של תלי ועד שנת 2009. כך יצא, שבמשך שנים רבות, לא קיבלו חברי תלי כל תמלוגים מתאגיד שידור רב ערוצי גדול בישראל, אשר עיקר גאוותו ופרסומו באו לו בזכות סדרות ויצירות מקוריות שניזומו ונוצרו על ידי תסריטאים ובמאים חברי תלי.

תופעה זו מהווה דוגמה שיש לזכרה לגבי השימוש שעושים תאגידי התקשורת הגדולים בכוחם: ביוזעם כי כוחם רב לאין שיעור מכוחו של התסריטאי והבמאי הבודד, הם יעשו שימוש בפרי עבודתו, יתהדרו וירוויחו ממנו אך יעשו הכל, כל עוד יינתן להם – כדי לא לשלם לו תמלוגים. **היעדר הסדר ניהול משותף של זכויות הוא לכן אינטרס ראשון במעלה של תאגידי השידור הגדולים והעוצמתיים ביותר, אשר כך מאיינים את זכותו ויכולתו של היוצר הבודד לקבל תמלוג עבור שידורי יצירתו.**

לעומת זאת במידה והחלופה העומדת בפני המשתמשים היא מספר ארגוני זכויות יוצרים חלף ארגון אחד, יעדיפו מטעמי חיסכון ונוחות ריכוז הזכויות בגוף אחד, וקבלת רשיון שמיכה. פשטות ויעילות ההתנהלות של המשתמשים והחיסכון הקיים להם עקב קיום ארגון זכויות יוצרים בודד המאגד זכויות מסוג מסוים, בא לידי ביטוי גם בעבודה כלכלית שנעשתה עבור ועדת המשנה של ועדת הכלכלה בכנסת, לעניין חישוב תמלוגים לבעלי זכויות יוצרים ומבצעים, בראשות ח"כ מלי פולישוק-בלוך¹¹.

II. מאפיין דומיננטי של שוק היצירה – חולשת זכות היוצרים

חולשתה של זכות היוצרים היא מאפיין מרכזי החולש על הדיון בניהול משותף של זכויות היוצרים. אכן, אין חולק כי ביסוד הקמתם של ארגונים לניהול משותף של זכויות יוצרים כ: פדרציה למוסיקה, אקו"ם, הפי"ל ותלי – מונח "כשל השוק" המיוחד לתחום היצירה ולדיני זכויות היוצרים. חולשתה של זכות היוצרים נובעת בראש וראשונה מעצם מהותה כזכות קניין רוחני, ועל כן ניתנת להפצה ולשכפול, בלא קבלת חזקה והסכמת בעל הזכות.

נפרט מעט את הדברים:

היצירה, כסוג טיפוסי של קניין רוחני ובשונה מקניין גשמי, משתחררת מאחיותו הפיסית של היוצר ומרגע היווצרה וצאתה ל"חלל האוויר", שוב לא ניתן למנוע את השימוש בה – אלא באמצעים משפטיים (הגשת הליך משפטי למניעת השימוש). יוצא אפוא, שבשונה מקניין גשמי (רכב, רהיט, תכשיט) שמכירת כל פריט בו מותנית בהעברה פיסית של החזקה בו לידי רוכש נוסף וזו אינה נעשית אלא כנגד תמורה מתאימה ומוסכמת שמשקפת את השווי הכלכלי של אותו פריט מוחשי, הרי שהזכות ביצירה היא ערטילאית וניתן לחזור על השימוש בה ולסחר את היצירה שוב ושוב, בלא כל מגבלה או מעצור פיסית, בלא צורך בקבלת חזקה פיסית ובעיקר – בעלות שולית אפסית.

¹¹ דו"ח גיזה זינגר אבן, טיוטה לדין, מיום 19.10.2004. עמ' 3.

עמד על כך הממונה בקביעתו בענין אקו"ם :

"הגבלה זו מותרת לאור פגיעותה של זכות היוצרים, שאין מתקיים בה "חוק שימור המאסה": על אף שמקבל זכות השימוש כדין קיבלה לשימוש הוא בלבד, יכול הוא לסחרה לאחרים ולרוקן את תוכנן הכלכלי של זכויות היוצר, ואגב כך אין הוא גורע במאום מיכולתו שלו להמשיך ולעשות את השימוש שרכש.

עמד על כך בהרחבה גם בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת הפדרציה לתקליטים:¹²

"אכיפתן של זכויות יוצרים נתקלת בקשיים רבים. מקורם של קשיים אלה בעובדה, שהיצירה המוזיקלית, לאחר שהוטבעה על-גבי רשומת קול (תקליטור, תקליט, קלטת וכו') והופצה למכירה, נמצאת בהישג ידו של כל אדם, אשר מעשית, להבדיל ממשפטית, באפשרותו להשמיע את היצירה בפומבי ללא היתר ומבלי לשלם את התמורה עבור השימוש. בעלי הזכויות, מנגד, לא יוכלו ברוב המקרים, לעקוב ולפקח על קיום ההשמעות, אופיין וכמותן ולגבות תמלוגים עבור כל השמעה בנפרד."

זוהי פגיעותה של של זכות היוצרים. **דברים אלה נכונים ביתר שאת לגבי היצירה אורקולית** – מיד לאחר הפצתה היא בהישג ידו של כל אדם ובאפשרותו של כל אחד לשדרה שוב ושוב מבלי לשלם את התמורה עבור השימוש, גם כאשר השימוש הוא מסחרי. מבחינה טכנולוגית, הפרת זכות היוצרים היא משימה קלה, שקשה מאד למנועה. תעשיית המוסיקה כמעט וקרסה למול ההתפתחות הטכנולוגית ועתה חווה את אותה בעיה התעשייה האור קולית. היעדר היכולת לעקוב אחר העתקה ושידור והעדר יכולת אכיפה אפקטיבית של זכות היוצרים, מבטלת למעשה, גם אם לא להלכה, את ליבתה של זכות היוצרים והיא הופכת נטולת חיות ומופקרת לכל דיכפין. **בעיה זו מתעצמת ומחריפה בעידן הדיגיטלי של ריבוי מסכים ונדידת תכנים**, בשל קלות ומידיות ההעתקה והשידור, ועלותם הכמעט אפסית .

הפתרון ל"כשל" זה בשוק היצירה וזכויות יוצרים מצוי בהסדר ניהול הזכויות. בית המשפט העליון עמד על כך כי ללא קיומם של ארגונים מתמחים כמו תלי, אשר יכוננו הסדר ניהול זכויות משותף ויאכפו אותו – לא ניתן יהיה, למעשה, לממש את זכותם של התסריטאים והבמאים לתמלוגים :

"ארגונים כאלה, שהיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכר להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס ההבנה כי בפועל, ללא קיומם יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי היותה מוטלת בספק".¹³

בית דין נכבד זה אף קבע את הדברים בצורה מפורטת ונחרצת בפרשת הפדרציה באומרו כי :

"52. היתרון העיקרי הכרוך בהסדר הכובל שלפנינו מבחינת הציבור, הוא שההסדר מהורה כלי חיוני באכיפת זכויות היוצרים.

בעניין זה מקובלות עלינו טענות המבקשות, כי ניהול משותף של זכויות היוצרים הנה הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות הקול המוגנות ולאכופ את זכויותיהם של בעלי זכות ההשמעה ביצירות."

¹² סעיף 52 לפסה"ד, שם.

¹³ רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625.

בית הדין אף עמד על כך כי רשיון השמיכה הינו ההיבט המשלים והמאזן של פתרון זה :

"לאור המספר העצום של ההשמעות הפימביות המתבצעות באין ספור מקומות, לא ניתן למעשה לעקוב אחר כל השמעה פימבית. רישיון השמיכה פותר בעיה זו בכך שהוא מאפשר לאכזף את זכויות היוצרים מבלי לעקוב אחר הביצוע כל השמעה והשמעה."

נמצא אפוא כי הסדר ניהול משותף של זכויות על ידי חברת תמלוגים כתלי, בד בבד עם היותו של רשיון שמיכה למשתמשים חלק אינטגרלי של הסדר זה – מוכרים על ידי הפסיקה, ונתפסים על ידה כפתרון האולטימטיבי לחולשתה המיוחדת של זכות היוצרים.

III. א-סימטריה בין המשיג ליוצר: מאפיין מרכזי נוסף של שוק היצירה

עמדנו לעיל על חולשתה של זכות היוצרים ככזו, בשל טבעה. חולשה זו מועצמת ומוחרפת במקרה שבפנינו לאור מאפיין דומיננטי נוסף של זכויות היוצרים של הבמאים והתסריטאים – העובדה כי המשתמשים העיקריים הניצבים מולם, הם תאגידים גדולים, דומיננטיים, לרוב בעלי כוח שוק בתחומם, אשר זכויות היוצרים של היוצר הבודד הם לצנינים בעיניהם.

בישראל קיימים מיעוט של תאגידי שידור המממנים הפקה של יצירות, המהווים מרקם ריכוזי בפני עצמו. וודאי כך בהשוואה ל"שוק התסריטאים והבמאים" המונה אלפי אנשים ואשר מאופיין בדינמיות בשל כניסה ויציאה תדירים של אנשים לתוך ומחוץ לעולם היצירה. אולם, גם בתוך תאגידי שידור מעטים וגדולים אלה – בהם גדולי תאגידי השידור בישראל - קיים בידול: לא כל היצירות המתאימות לרשות השידור הינן כאלה המתאימות לטלוויזיה רב ערוצית ולטלוויזיה מסחרית; גם היצירות המתאימות והנדרשות על ידי הטלוויזיה הרב ערוצית, כגון: תוכניות הפונות לקהלים ייעודיים ונישתיים, אינן בהכרח אלה שתואמות לפרופיל הנדרש לטלוויזיה המסחרית, הפונה למכנה המשותף הרחב ביותר.

התוצאה מן הבידול הזה על גווניו ומרקמיו היא תלות במימון ההפקה של יצירות בז'אנרים (סוגות) מסוימים, במספר מועט עוד יותר של גופי שידור. לעומתם, היוצרים הינם אלפים, המעוניינים כולם בהעלאת יצירותיהם לשידור. לכל יוצר יכול שתהיינה מספר רב של יצירות ולכן מדובר במבנה שוק המנציח א-סימטריה מובהקת: כוח רב מאד לתאגידי השידור אל מול כוחם הדל של היוצרים.

הכלכלנית הנודעת, פרופ' Ruth Towse מאוניברסיטת ארסמוס¹⁴, חקרה לאורך שנים את מבני שוקי היצירה. מחקרה אלה התמקדו בכלכלת היצירה והתרבות ובספריה השונים היא עמדה על תופעת הא-הסימטריה המובהקת במצבם של היוצרים מול תאגידי השידור. כך היא מסבירה את המבנה השונה ואת הסיבות המרכזיות לכוחם הדל אל מול עוצמתם של התאגידים :

¹⁴ Ruth Towse, Copyright Policy, Cultural Policy and Support for Artists in The Economics of Copyright in Research and Analysis, 2003, Edgar Elgar, p. 63 צוטטה גם בחוות דעתו של דר' סדן, עמ' 29

"Artists are typically at a disadvantage in relation to firms in the cultural industries for several reasons: as individuals, artists have poor access to the capital, market and therefore need to contract with a firm to distribute their work, whereas the firm, often a multinational giant corporation in an oligopolised industry has a very easy access.

With little capital reserves, artists have to sell their work within a short time of its creation; thus their time preference rate is much shorter than a firm's; and artists have a relatively small portfolio of work and cannot poll risks, while a large firm with a huge portfolio of copyrighted work which it can exploit when market conditions are favorable.

Another source of asymmetry is in relation to market information; artists have considerably less experience of market conditions than do firms. Moreover, individual artists cannot afford the legal costs of defending their rights in court, whereas firms can"

הספרות המקצועית בתחום ה Cultural Economics – חקר הכלכלה בתחומי היצירה, מגלה באופן עקבי את מאפייני "שוק היוצרים" והמימשק בין היוצרים לבין "שוק המשתמשים". ממחקרים אלה עולים מספר קווים משותפים ליוצרים: כמעט כולם עובדים כעצמאים, סובלים מדיפרנציאליות תעסוקתית גבוהה מן הממוצע, מתקופות ממושכות של יצירה "מאחורי הקלעים" ללא הבטחת תעסוקה, הכנסה נמוכה מן השכר הממוצע למרות מיומנות אישית גבוהה של רובם ותפקוד בתנאי חוסר וודאות שלעיתים מתוארת כ"קיצונית". כך מתארת את הדברים, בזהירות, הפרופ' Towse:¹⁵

"Cultural economists by and large had to undertake their own surveys, which are inevitably less reliable than a census. Nevertheless, surveys of artists in a number of developed countries reveal remarkably consistent results, namely that artists are mostly self-employed, work long hours on short term contracts, and experience higher than average unemployment; they are multiple job-holders in both the cultural sector and in other sectors of the economy, in which they receive below national average earnings that fluctuate from year to year despite the fact that they are typically highly qualified."

הא-סימטריה בין היוצר לפלטפורמה היתה גם מושא להתייחסותה של הכלכלנית, גב' מרב בארי, בחוות דעת שצורפה לחו"ד סדן, מצ"ב **כנסת 22** לבקשה:

¹⁵ Ruth Towse, Copyright Policy, Cultural Policy and Support for Artists in The Economics of Copyright in Research and Analysis, 2003, Edgar Elgar, בע"מ 68-69.

"העלות השקועה, וההסתברות הנמוכה, מבהירים את הקושי וחוסר הודאות בה נמצא היוצר ואת תלותו בפלטפורמת השידור אשר תחליט האם יצירתו תצא אל האור".¹⁶

חשוב לעמוד על הסיבות היוצרות את הא-סימטריה בין יוצר לתאגיד השידור המשתמש, לא רק בהיבט הגודל הכלכלי אלא גם בהיבט הדינמי של תהליך היצירה, בראי מאפייניו הדומיננטיים שהם אי הוודאות החולשת על התהליך כולו והמשחק החוזר בין היוצר למשדר:

חוסר הוודאות והסיכון מקורם בגורם אובייקטיבי – הקושי המובנה בתחום זה לחזות בשעת יצירתה האם יצירה פלונית, תזכה להצלחה אם לאו. גם גובה ההשקעה הכספית ביצירה אינו מבטיח הצלחה ולעתים כלל אינו מנבא אותה - בסופו של דבר השופט הוא הקהל הרחב ודברי ימי תעשיית הטלוויזיה והקולנוע כבר ידעו יצירות שבהכנתן והפקתן הושקע ממון רב – ולא רק שהן לא זכו להצלחה אלא גם נחלו כשלון חרוץ ולהיפך, מקרים בהן יצירות אורקוליות דלות תקציב זכו להצלחה מסחררת.

ואולם, נקודה קריטית לענייננו נעוצה בכך, שהוודאות והסיכון שנוטל היוצר על עצמו גבוהים מהסיכון וחוסר הוודאות שנוטל על עצמו "המשתמש". כמה טעמים לכך: ראשית, היוצר המתחיל בכתיבה אינו יודע כלל אם יצירתו תתקבל אצל מפיך או משדר כלשהו, ולמעשה בעת תחילת הכתיבה הוא אינו יודע כלל אם יצירתו תעמוד במבחן הביקורת העצמית שלו (שנועד ליצור או לשמר את המוניטין שלו). כך למשל, על פי מידע שהתקבל מאנשי מקצוע האמונים על מיון הצעות בגופי שידור וקרנות, מבין כל ההצעות של תסריטאים ובמאים לסדרות דרמה או לסרטי קולנוע המוצעות לגופי שידור ולקרנות ציבוריות, פחות מ-10% מתקבלות ורק רבע מהן (כ-2.5%) מופקות.

לכל אלה מצטרף גורם נוסף, כבד משקל, שעניינו שונות הסיכון (בו נמצאים היוצר מחד ותאגיד השידור מאידך) והמוכר מן הספרות הכלכלית: בעוד שעבור היוצר הכשלון של יצירתו שהיא "כל עולמו" באותו הרגע, הוא מוחלט והנזק הנובע מכך הוא משמעותי מאד (במידה ובידיו יצירה אחת הנזק הוא של 100%).

המשדר מחזיק ב"פורטפוליו" – אשכול נרחב של יצירות, עשרות ומאות, שהוא מציע באותה עת לקהל הצופים. על כן עבור תאגיד השידור כישלון של יצירה מסוימת, הגם שאינו רצוי, הוא של פריט אחד מתוך עשרות באותה נקודת זמן ומאות ואלפים לאורך זמן – בתמהיל הכללי של שידוריו.

מאידך, עבור היוצר מחיר אי הבאת היצירה לשידור גבוה בהרבה: כשלון הוא גורלי עבורו. משמעות הדבר היא כי היצירה שהוא חתום עליה – בדרך כלל אחת באותה נקודת זמן – נכשלה, והדבר עשוי לחרוץ את גורלו לשבט, לא רק בעיני צופים אלא בעיני תאגידי השידור המעטים

¹⁶ מ. בארי, "ייצור יצירה אורקולית – תהליך הסתברות וסיכונים" נספח "ב1"; מסמך זה תומך את חו"ד ד"ר סדן.

הקיימים, המהווים כמעט את כל הרוכשים הפוטנציאליים. עמד על כך פרופ' Watt במאמרו "Efficient distribution of Copyright Income" באומרו:

"We have also pointed out that, if we must assume that one of the creator or distributor is more risk averse, then it is surely most logical that the most risk averse of the two is the creator"¹⁷

ולגבי בעיית אי הודאות הוא מסביר –

"There is uncertainty as to the final value of sales revenue that will be available to be shared, but the contract that stipulates how the revenue will be shared must be decided **before the true state of nature has been revealed.**"

בהמשך, מסביר פרופ' Watt את הטעמים לנחיתותו המכרעת של היוצר, בהיבטי הסיכון ואי הודאות. בהקשר זה הוא מפרט כדלקמן:

"In particular, it is certainly true that the distributor will generally already hold a portfolio of existing contracts with other creators, to which it is considering adding the current contract. It is also true that there are likely to be significant covariance effects that may actually reduce the risk that the distributor faces."¹⁸

מוטיב "המשחק החוזר" – בנוסף לכל שנאמר לעיל, קיים תמריץ מובנה במערכת היחסים: היוצר (התסריטאי והבמאי) יודע כי הוא חייב לשמור מכל משמר על "דלת פתוחה" של תאגידי השידור לעתיד לבוא, ליצירותיו הבאות. לאור מיעוט תאגידי השידור ברור לתסריטאי ולבמאי הבודד מראש כי הוא לא יכול לנעול את עצמו רק לתאגיד שידור אחד או שניים, ובכך לתת להם זכות "וטו" על עתידו. לעומת זאת, מול תאגיד השידור ניצבים אלפי תסריטאים ובמאים, ובכל עת יכול תאגיד השידור לוותר על אחד מהם. משכך, התסריטאי והבמאי הבודד חייב לשמור לעצמו "דלת פתוחה" בתאגידי השידור ובוודאי שכל ניסיון שלו לאכוף מולם במישרין גביית תמלוגים עלול להוביל לסיכון של אבדן פרנסה וקטיעת הקריירה שלו.

כל אלה מסתכמים למסקנה חדה וברורה: הנחיתות של התסריטאי והבמאי הבודד מול התאגיד המשדר היא מובהקת ומכרעת ומיתרגמת לכשל זכות היוצרים שלו ולהיגפותה. ביטוי פשוט

¹⁷ Alonso, J. and Watt, R. (2003) *Efficient Distribution of Copyright Income*. In W.J. Gordon and R. Watt (Ed.), *The Economics of Copyright: Developments in Research and Analysis*: Northampton, MA: Edward Elgar Publishing Ltd, עמוד 93.

¹⁸ שם, בעמ' 94.

לכשל זה היה כאשר משתמשים שהחליטו על כך "ניקו" מהתסריטאים והבמאים את כל זכויות היוצרים שלהם - לא במקרה אחד אלא כנוהל. הדברים אף נזכרים בספרות המשפטית.¹⁹

פרקטיקה זו, שהיא כמובן בלתי חוקית בעליל, משקפת את מבנה השוק: עמדת הכוח המכרעת של המשדר מזה ונחיתותם המובהקת של התסריטאי והבמאי הבודד - מזה. כשל זה הביא לכך שבמדינות אחדות חוקקו הוראות האוסרות על ויתור כזה על זכויות היוצר. לענייננו, היא מלמדת עד כמה חשוב הדבר לעגן את זכותם של התסריטאים והבמאים לתמלוגים סבירים והוגנים.

ממצא ברור העולה משווקי היצירה בכלל ובישראל בפרט הוא כי כל עוד יכול תאגיד שידור להתחמק מתשלום התמלוגים הוא יעשה כן, משום שאין כוח נגדי (Countervailing Power) של איש מולו. ככלל, לתסריטאי והבמאי הבודד, אף למפיק המייצג אותו - אין כוח ויכולת לשמור על הזכות לתמלוגים בגין השימושים השונים ביצירה. בעובדה היו תאגידי השידור שהתנו לא אחת את עצם ההפקה ביותר גורף על זכות זו.

תנאי שוק אלה ובמיוחד אי הוודאות יצרו בעיות מורכבות שהפתרון להן נמצא בכמה מנגנונים מוסדיים וחוזיים: ראשית, הוכרה ההצדקה בקיומם של ארגוני יוצרים לניהול משותף של זכויות היוצרים (במקום להותיר את היוצר לבדו); שנית, הוכרה התועלת ב"רשיון השמיכה" שהוא פועל יוצא מידי ובלעדי להסדר ניהול הזכויות המשותף; שלישית, הוכרה ההצדקה במנגנון החוזי של התמלוגים כנגד מתן רשיון השמיכה. הסכם תמלוגים זה מאפשר ליוצר ליהנות מפרי הצלחת היצירה, כביטוי לזכות היוצרים שלו. מתארת את הדברים פרופ' Towse במילים אלה:

"Ample evidence of the disadvantaged bargaining position of artists when dealing with firms in the cultural industries is to be found in Caves' (2000) study of industrial organization in the cultural industries. In this book, he applies contract theory to the bargain between artists and firms, showing that the specific features in cultural production - artists' concern about their reputation and quality of their product, differential talent between artists, radical uncertainty about the reception of novel work, that many products require the co-operation and coordination of many different skilled workers, the need to meet deadlines and costs of failure to do so - conspire to cause some serious contracting problems that firms deal with by incentive and option contracts to protect their investment. In the standard royalty contract, the artist receives around 10-15 percent of sales revenue and this yields low earnings from copyright to the 'typical' artist".

¹⁹ ד"ר ג. פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים", דין ודברים ב' תשס"ו, 621, בע"מ 652, ה"ש 55 שם. למותר לציין, כי תלי איננה שותפה לסברה, הלא מקצועית בעליל, כאילו אין חוק ההגבלים העסקיים יכול להכיל את אינטרס היצירה והבטחת התמלוגים ההוגנים ליוצרים, משום שהדבר לא פורט בחלופות המנויות בסעיף 10 לחוק זה. ניתוח סעיפים 9-10 לחוק להלן בפרק ח' לבקשה זו, יראה זאת.

מנגנון התמלוגים אשר להבטחתו נועד הסדר ניהול הזכויות נשוא בקשה זו - מגלם בעצם "חלוקת סיכונים ותמריצים" בין המשתמש לתסריטאי והבמאי הבודד המהווה מענה מתחייב וחיוני לבעיות היסוד של השוק כפי שתוארו לעיל: מנגנון זה מאפשר לצדדים להתגבר על בעיית אי הוודאות, והוא מאפשר ליוצר להסתפק באופציה לרווחים עתידיים כתלות בהצלחת היצירה. מעבר לכך, המנגנון יוצר קשר ישיר בין היוצר, למשתמש, תוך דילוג מעל גורמים מתווכים. בכך מבטיח ליוצר במישרין חלק בתועלת הציבור מהיצירה. התועלות שבמנגנון זה הן שהביאו אותו להיות המודל הנפוץ של תמורה בעד זכויות יוצרים:

"Naturally when the creator does not take care of the entire production-distribution chain, the matter of how she is reimbursed from the income that is generated becomes important. Clearly, there are a great many alternatives from which the formula that determines royalty payments may be selected. However, in spite of the size of the alternative set, one particular format is very much prevalent in real-world situations – the royalty is a fixed proportion of total sales revenue (see for example Baumol and Heim (1967) and Towse (2001), where a wealth of real-world information is given concerning royalty agreements".²⁰

כללם של זכרים: הספרות המקצועית הספציפית לכלכלת היצירה מכירה בכך כי שוק היצירה מאופיין בנחיתות היוצר. נחיתות זו נגזרת הן מחולשתה ופגיעותה הכללית של זכות היוצרים כסוג של קניין רוחני, והן כפועל יוצא מחולשתו של היוצר הבודד אל מול המשדרים, הפועלים בשוק אוליגופולי ובידם לנצל לרעה את הא-סימטריה בינם לבין היוצר. הסדר ניהול הזכויות על ידי ארגון לניהול משותף ומנגנון תמורה של תמלוגים לפי הצלחת היצירה (המתבטאת בכמות השידורים שלה) הם המענה המוסדי לנחיתות זו, העלולה להוביל להידלדלות היצירה; כדברי בית המשפט העליון²¹: "לולא הגן הדין על היוצר, במובן זה שניתן לו ליהנות מפירות היצירה במידה שתהפוך את ההשקעה לכדאית עבורו, הייתה היצירה מתמעטת והולכת."

על רקע המאפיינים המרכזיים של "שוק היצירה" שפורטו לעיל, מובן הצורך החיוני בהסדר ניהול משותף של זכויות יוצרים, אשר יאפשר ליוצרים לממש את זכויות היוצרים שניתנו להם בדין, ומאידך יספק למשתמשים מענה יעיל ופשוט אשר יחסוך מהם כינון עסקאות פרטניות מול אלפי יוצרים. זוהי, בפשטות, כל מהותו של הסדר ניהול הזכויות נשוא בקשה זו.

ו. התנהלות תלי מול רשות ההגבלים העסקיים

²⁰ מאמרו של פרופ' Watt, *Efficient distribution of Copyright Income*, ה"ש 16, בעמ' 81.
²¹ ראו דברי השופט יעקב מלץ ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח (1) 251, בעמ' 267-268.

כבר בשנת 2002, סמוך להיווסדה, פנתה תלי **ביוזמתה**, אל הממונה על ההגבלים העסקיים ברצותה לברר נכוחה אם עליה להסדיר את מעמדה בראי חוק ההגבלים העסקיים.

הממונה, אשר עסק באותה עת בחוקיותה של אקו"ם ובבחינת מעמדה כבעל מונופולין על כרעי הסדר כובל, ביקש להותיר את העיסוק בתלי לאחר שתתקבל החלטה בעניין אקו"ם, ואף הסביר זאת בכך שמדובר **בעניין דומה**. כך, במכתב מיום 10.2.2003 כתבה רשות ההגבלים לתלי:

"בימים אלה בוחן הממונה ומגבש מסקנות לגבי אופן פעילותה של אקו"ם בע"מ. אקו"ם על פני הדברים היא בעל מאפיינים דומים לשל תלי. לכן, כשתסתיים בדיקה זו תידרש תלי להסדיר את פעילותה בהתאם לעקרונות שיגבש הממונה, בשינויים המתחייבים מפעילותה ומאופיה". [ההדגשות הוספו]

העתק המכתב מצ"ב כנספח לתצהירו של אבי שמש המצ"ב **כנספח "א-1"** לבקשה לבקשה זאת ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה. יצוין כי, באותה עת רשות ההגבלים אף קיימה מיוזמתה שיחות ופגישות עם נציגי תלי, במטרה להבין את ההתנהלות של אקו"ם מול התסריטאים שיוצגו בעבר על ידי אקו"ם.

מאז ועד לשנת 2006 לא נעשתה פנייה של רשות ההגבלים העסקיים אל תלי. דבר זה הובן על רקע העובדה כי רשות ההגבלים העסקיים עסקה בשאלת מעמדה של אקו"ם, ובענין זה התנהל הליך מלא בבית הדין להגבלים עסקיים: רק ב 28.12.2004 ניתן היתר על ידי בית הדין ומכאן התנהלה התדיינות בשאלת אישורו של ההסדר שביסוד אקו"ם כהסדר כובל. רק בשנת 2006, על רקע תלונה של אחד מתאגידי השידור - פנתה הרשות לתלי והודיעה במכתב מיום 18.6.2006 על כך שהיא מתחילה לבחון את פעילותה של תלי:

"בימים אלו, בוחנת רשות ההגבלים העסקיים את פעילותה של תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ (להלן: "תל"י") בראי חוק ההגבלים העסקיים."

העתק המכתב מצ"ב כנספח לתצהירו של מר אבי שמש המצ"ב **כנספח "א-1"** לבקשה זו ומהווה חלק בלתי נפרד הימנה.

למן הודעת הרשות משנת 2006, מקיימת תלי דיאלוג מתמיד עם הרשות: בין היתר פגישות שהתקיימו בין הרשות לבין נציגי תלי, חליפת דואר אלקטרוני, חלופת מכתבים. תלי העבירה לרשות את כל המידע שנדרש ממנה בהמשך לדרישות הרשות. מדובר במידע רב הכולל, בין היתר, את כל הסכמי הרשיון של תלי, נתונים כספיים מפורטים וכן כל הפרוטוקולים של ישיבות הדירקטוריון בחלק משנות קיומה.

יצוין כי בעקבות פגישות שהתקיימו עם הרשות ביצעה תלי בהדרגה באי כוחה תהליך בחינה פנימי ואף שינתה הסדרים שונים אצלה, בהתאם לדגשי הרשות.²² כך, למשל, דרשה תלי מחבריה

²² כך למשל, בפגישה מחודש ספטמבר 2007 במשרדי רשות ההגבלים העסקיים, הביעה האחרונה את חוסר שביעות רצונה מהתנהלות תלי בכמה עניינים. בתגובה, הוכנסו נהלים חדשים לתלי באופן מידי, התואמים את דגשי הרשות בפגישה האמורה.

כי כל ההסכמים המועברים לבחינתה על ידי החברים לצורך בדיקת הזכויות, לא יכללו את הנתונים המסחריים וכי יש למחקם או להשמיטם, כמו כן נעשתה רביזיה באופן ההתייחסות לסעיף שמירת הזכויות שבשעתו נוסח על ידי תלי, ועוד.

למרות שבמהלך דיאלוג זה עם הרשות נתגלעו גם חילוקי דעות, הן לגבי עניינים שבמשפט והן לגבי עניינים שבעובדה – התקדמה תלי במתווה אותו קבעה רשות ההגבלים העסקיים ובהמשך לבקשת הרשות הגישה תלי לרשות, במתווה אותו קבעה רשות ההגבלים העסקיים ובהמשך לבקשת הרשות הגישה תלי לרשות, בשנת 2011, חוות דעת כלכלית מקיפה לגבי התועלות שהסדר ניהול הזכויות הן לציבור התסריטאים והבמאים בישראל, הן למשתמשים והן לציבור בכללותו. במסגרת הכנת חוות הדעת נערכו בדיקות מדוקדקות, כמותיות ואיכותיות של מכלול התועלות מהסדר ניהול הזכויות.

נוסח ההסכמה עם הרשות לגבי מפרט העניינים אליהם תתייחס חוות הדעת כלול בחוות הדעת של ד"ר סדן המצורפת לבקשה זו כנספח לתצהירו של מר אבי שמש, נספח "א1" לבקשה זו.

גם לאחר הגשת חוות הדעת, התקיים דיאלוג מתמיד מול הרשות, במהלכו פעלה תלי בשקיפות מירבית ובשיתוף פעולה מלא בכל הנוגע לבדיקות רשות ההגבלים העסקיים.

מן המקובץ עולה כי התנהלותה של תלי מול הרשות לא רק שלא הייתה מנוכרת או מתחמקת, אלא להיפך, תלי נקטה ביוזמה אסרטיבית, פנתה מיוזמתה לרשות ההגבלים העסקיים בשלב מוקדם, אימצה תיקונים ודגשים ופעלה בשיתוף פעולה מול הרשות. התנהלות זו, במצטבר לפרק הזמן שהדברים עמדו לפתחה של רשות ההגבלים העסקיים, מלמדים גם הם על **היעדר הסכנה לתחרות מהסדר ניהול הזכויות**.

ז. הסדר ניהול הזכויות בתלי – אינו כובל על פי הפרשנות התכליתית

השאלה אם הסדר ניהול זכויות משותף הינו הסדר כובל, זכתה לדיון מפורט בפסק דינו של בית דין נכבד זה ב**פרשת הפדרציה לתקליטים**.²³ באותו מקרה, חברו חברות התקליטים המסחריות בישראל המתחרות זו בזו - להסדר לניהול משותף של זכויותיהן, באמצעות הפדרציה. גם בעניינה של אקו"ם נקבע כי הסדר ניהול הזכויות הינו הסדר כובל, על יסוד הכבילות שהיו כלולות בהסדר זה.²⁴

ואולם, תהום פעורה, בהיבט הכבילות, בין מקרים אלה לעניינה של תלי: כך, בעוד בפרשת הפדרציה דובר בהסדר בין חברות תקליטים מסחריות שההסדר ביניהן כולל **כבילות מחיר וכבילות ריווח** (סעיפים 31-26 לפסה"ד), **כבילה של חלוקת שוק** (סעיף 32 לפסה"ד), **וכבילה של כמות**

²³ ה"ש 3 לעיל.

²⁴ בית הדין להגבלים עסקיים קבע כי מדובר בהסדר כובל ללא הנמקה. קביעתו של הממונה בנושא מפרטת את הנימוקים לכך.

הנכסים (סעיפים 33 – 35 לפסה"ד) – הרי שלא כך הוא בהסדר ניהול הזכויות בתלי: עניינה של תלי נבדל לפחות בשלושה פרמטרים מהותיים:

■ **ראשית**, אין בהסדר ניהול הזכויות בתלי **כבילה מחיר**: המחיר (דמי רשיון השימוש) נקבע בהסכמה מול כל משתמש. משתמש שאינו מגיע להסכמה רשאי לכפות על תלי הפניית המחלוקת לגבי דמי הרשיון להליך של גישור ובוררות, ומי שקובע את המחיר הינו הבורר (החלטת דירקטוריון תלי לענין זה מיום 16.10.12 מצ"ב כנספח "א1-3" לבקשה זו);

■ **שנית**, אין בהסדר **ניהול הזכויות בתלי כבילה של חלוקת שוק** – כל אחד מחברי תלי בעלי זכויות היוצרים רשאי לסחור בזכויותיו ואין הוא מחוייב לתת רשיונות שימוש רק באמצעותה של תלי; ואחרון:

■ **שלישית**, אין בהסדר ניהול הזכויות כל כבילה בדבר **כמות הנכסים** או **קשירה** מכל מין וסוג. זאת בשונה מפרשת הפדרציה ואף אקו"ם, בהם נטען כי הארגונים כופים על המשתמשים רשיונות שמיכה.

■ **רביעית**, לא רק שהסדר ניהול הזכויות בתלי נעדר כבילות – הוא אף פתוח לכל יוצר אורקולי החפץ להצטרף, ואין בהסדר כל כפייה על החברים להיות בו. החברות בתלי פתוחה לכל מי שיצר תסריט ו/או בימוי (המכונה לצורך בקשה זו כתסריטאי או במאי אף אם עיקר מקצועו או עיסוקו הוא אחר: למשל בתלי חברים גם כאלה שהם בעיקרם "מפיקים", אך יצרו ברבות השנים גם תסריט ו/או בימוי); **העדר בלעדיות**: החברות בתלי, בשונה מאקו"ם בשעתו, אינה מותנית בכך שהיוצר יעביר לטיפול של תלי את **ניהול הזכויות בכל** התסריטים ויצירות הבימוי שלו והוא יכול להעביר לתלי ניהולם של רק חלק מהם; **תלי לא יוצרת חסם מעבר**: לחברי תלי מותר, בכל נקודת זמן בה יחפצו, כולל לאחר הצטרפותם לתלי – להחריג מתלי כל יצירה מיצירותיהם, ולהעבירה לניהולו של גוף אחר, שאינו תלי, או לניהול עצמי; למותר לציין כי בהיעדר בלעדיות, התניה חוסמת מעבר וכפיית מחיר – תלי חייבת לשמור על יעילותה בכל רגע נתון: אם לא תשרת את טובת חבריה מחד, או תאבד את יכולתה להגיע להסכמים עם משתמשים מאידך, עשויים חבריה לנוטשה ולהקים ארגון מתחרה, בדיוק כפי שעשו התסריטאים שפרשו מאקו"ם והקימו את תלי.

■ **חמישית**, בשונה מפרשת הפדרציה - אין מדובר בענייננו בהסדר בין חברות תקליטים מתחרות אלא בין יוצרים, שהם במהותם Free Lancers בתעשיית הקולנוע והטלוויזיה. יוצרים אלה אינם מתחרים זה בזה בתוצר של הסדר ניהול הזכויות: רשיון השימוש הגורף (רשיון שמיכה). לא מיותר להזכיר, בהקשר זה, כי לגבי Free Lancers כבר הוכרה במשפט המשווה תחולתו של הפטור מהסדר כובל השמור לעובדים וארגוניהם (בדומה לפטור הקבוע בישראל בסעיף 3(9) לחוק ההגבלים העסקיים).

התוצאה המצרפית של היעדר הכבילות והנסיבות המיוחדות המתווספות להסדר היא מהותית: החשש התחרותי העיקרי עליו הצביע הממונה בפרשת הפדרציה אינו קיים בתלי. כך למשל, הובהר בפרשת הפדרציה כי החשש התחרותי העיקרי של הממונה ושל בית הדין היה מכוחה של הפדרציה לנצל כוח שוק באמצעות כפיית מחיר. ברם, בענייננו חשש זה אינו מתקיים: התוצאה

של יכולתו של כל משתמש להפנות את הסכסוך על גובה התמלוגים לבוררות בפני בורר בלי תלוי – היא שלתלי אין יכולת להכתיב למשתמש מחיר כאמור עבור רישיון השימוש. זאת מאחר וכל משתמש זכאי להביא את קביעת המחיר (גובה דמי הרישיון) – להכרעה אובייקטיבית, עצמאית ובתלי תלויה לגמרי בתלי. המדובר רק בדוגמא, שכן גם יתר הכבילות אינן מתקיימות בתלי.

על רקע עובדות אלה, חוזרת השאלה למכונה – על מה ולמה ייחשב הסדר ניהול הזכויות המשותף בתלי – הסדר כובל? ככלות הכל מדובר בהסדר בין יוצרים בודדים (לא חברות מסחריות גדולות כבפרשת הפדרציה); כל הכבילות המפורשות שייחדו את הסדרי הפדרציה ואקו"ם – אינן קיימות בעניינה של תלי, ובסופו של יום – המוצר שתלי מעניקה – רישיון השמיכה הינו מוצר שלא ניתן לייצרו אלא על דרך של אגרגציה של זכויות היוצרים של חברי תלי. הוזה אומר – מדובר בשוק מוצר ייחודי שהוא רישיון לעשיית שימוש במצבור הכולל של זכויות היוצרים של חברי תלי.

טרם שנבוא להכריע בשאלה זו, שקשיותה בעניינה של תלי מיוחדת – נזכור את המגמה והשינוי שחוללה פסיקת בית המשפט העליון – בפירוש היקפו של המושג הסדר כובל. כידוע, המונח "הסדר כובל" הוגדר בחוק ההגבלים העסקיים בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, כדלקמן:

2. (א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

- (ב) בלי לגרוע מכלליות האמור בסעיף קטן (א) יראו כהסדר כובל הסדר שבו הכבילה נוגעת לאחד העניינים הבאים:
- (1) מחיר שיידרש, שיוצע או שישולם;
 - (2) ריווח שיופק;
 - (3) חלוקת השוק, כולו או חלקו, לפי מקום העיסוק או לפי האנשים או סוג האנשים שעמם יעסקו;
 - (4) כמות הנכסים או השירותים שבעסק, איכותם או סוגם.

בתחילה פורש סעיף 2 באופן מילולי-דווקני, תוך שהפסיקה מדגישה כי הסעיף רחב מכל, משתרע מ"אופק עד אופק", וזאת בכוונה למנוע מבעלי העסקים להתחמק בכל צורה שהיא מ"רשת" הפיקוח. עמד על כך כבי המשנה לנשיא חשין, בדיון הנוסף בפרשת שף הים,²⁵ באומרו:

"כללם של דברים: נודה ולא נכחד: תחום פרישתם של איסורי החוק – תחום פרישה רחב הוא ביותר, ויש ממש בביקורת המוטחת בחוק – שמא נאמר בביקורת המוטחת במבנה החוק – ולפיה נלכדים במצודה מערכים שלא היה ראוי להם כי יילכדו בה. על ביקורת זו ניתן להשיב בשניים אלה: ראשית לכול, לא ידענו מערכת טובה ויעילה מזו שהחוק מציג לפנינו, ומכל מקום – זה הניתן לנו ואותו נקבל. שנית, בצדם של האיסורים, נזכור, שוכנים להם היתרים, ושימוש מושכל ונכון בהיתרים אלה יכול שיעמיד את החוק באיזון ראוי."

²⁵ דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ ג' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1) 56, להלן: "פרשת שף הים".

ואולם, בשנים שלאחר מכן החל בית המשפט העליון לאמץ, בהדרגה, פרשנות מהותית-תכליתית, ונטש את הנטייה לראות במילותיה הרחבות של הגדרת ההסדר הכובל מעין "גזירת גורל". כך, בפרשת חניות²⁶ הניח בית המשפט העליון מסד לפרשנות תכליתית מסייגת, בקובעו:

"לשונו של חוק ההגבלים העסקיים רחבה היא, וההגדרות המצויות בו עשויות לחבוק, על פי לשונן, מקרים רבים ושונים. פירוש פשטני שלהן יביא לתוצאה בלתי נסבלת על-פיה יחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה והמתקיימים כדבר שבשגרה. ראוי לזכור כי הפרת הוראות החוק עשויה להיות גם עבירה פלילית (סעיף 47 ו-48 לחוק ההגבלים העסקיים) ולעלות לכדי עוולה בנזיקין (סעיף 50 לחוק). יש לנקוט משנה זהירות, איפוא, טרם שאנו קובעים כי הסכמה מסוימת אסורה על פי החוק. אם בחר המחוקק לנקוט בלשון רחבה, עשה כך בכוונה ללכוד ברשתו מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוקק – את כולם, אולם אותם בלבד. לשון אחרת: יש להחריג מהוראת החוק את אותם מקרים – והמקרה שלפנינו הוא אחד מהם – הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק. "חוק הוא מכשיר לשם ביצועה של מטרה תחיקתית, ולכן הוא צריך פרשנות לפי המטרה הגלומה בו" (ע"א 481/73 רוננברג, עו"ד, מנהל עובד אלזה ברגמן נ' שטסל, פ"ד כט (1) 505, 516). "ראוי לו לשופט, בבואו לפרש את החוק, לשאול את עצמו: חוק זה איזו תכלית נורמטיבית, חברתית, הוא מבקש להשיג".

והחזיק אחריו כב' השופט אור, אשר ישב אף הוא לדין באותה פרשה, באומרו:

"...כאמור, מסכים אני לדעתו של חברי, השופט ריבלין, כי אין לראות בהסכם שבפנינו "הסדר כובל" כבמובנו בחוק. נקודת המוצא המנחה אותי במסקנתי זו, היא שאין טעם להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על פעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה ממשית כלשהי לתחרות בענף או במשק. התערבות בפעילות כזו פוגעת שלא לצורך בחופש ההתקשרות של צדדים ואין בצידה כל תועלת לציבור".

קו זה חוזק על ידי כב' השופט חשין, בהחלטתו לסרב לקיים דיון נוסף על פסק הדין בפרשת חניות:

"חוק ההגבלים העסקיים פורש עצמו על-פני מרחבים אדירים, וכבודו מאופק-אל-אופק. המחוקק יכול היה לטפל בנושא ההגבלים העסקיים בדרך אחרת משבחר ללכת בה, ואולם משבחר ללכת בדרך שבחר בה, נטל הוא המוטל עלינו – כבכל מעשה של פרשנות דבר-אמנות – לפרש את החוק ולהחיל את הוראותיו על אירועי החיים בשום-שכל ובטוב-טעם. ראו והשוו: דנ"א טבעול, 84-87.

...

שומה עליהם, על בתי-המשפט, לנווט דרכם זהיר-זהיר בין סקילה לבין כריזמטיזם, ולא נכתים עיסקה להיותה הסדר כובל אלא אם נתברר לנו כי פוגעת היא בעקרון-התשתית של החוק, הלא הוא עקרון התחרות החופשית – התחרות החופשית ועימה כל הערכים שהיא משמיעה אותנו.

²⁶ ע"א 3700/98 א.מ. חניות (ירושלים) 1993 בע"מ נ' נ' עיריית ירושלים, פ"ד נז(2) 590 (להלן: "פרשת חניות")

הברית התיכון במגמת הפסיקה לאמץ פרשנות תכליתית – מהותית, המסייגת את היקפו של סעיף 2 ומצמצמת את תחולת הגדרת ההסדר הכובל - מצוי בפסק דינו של בית המשפט העליון בפרשת **לשכת שמאי המקרקעין**.²⁷ בפרשה זו, גיבש בית המשפט העליון ומיסד את הגישה הכללית שלו לענין ה"הסדר הכובל", בסייגו דווקא את סעיף החזקה החלוטה – הוא סעיף 2(ב) לחוק, ובקובעו, בלשון ברורה, את הכלל הפרשני לענין הגדרת ה"הסדר הכובל" מכאן ואילך:

"במקרה שלפנינו, אין ספק כי התנאי בעניין 'מחיר המקסימום' אשר נקבע כ'תנאי סף' במכרז, נוגע ל'מחיר שיידרש, שיוצק או שישולם' בהסדר שאליו חותר המכרז. מבחינה זו, בא התנאי בגדר הוראת סעיף 2(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, אך האם עניין לנו ב'כבילה' כדרישת סעיף 2(ב) רישא? בעניין חניות מדגיש השופט ריבלין כי הלשון הרחבה שנוקט חוק ההגבלים העסקיים וההגדרות המצויות בו, עשויות ללכוד ברשת מקרים רבים ושונים, ועל כן יש לנקוט משנה זהירות ולהימנע מפירוש פשטני של הוראות אלה, העלול להביא 'לתוצאה בלתי נסבלת על פיה ייחשבו כפסולים ואסורים הסדרים משפטיים רצויים שהם חלק מחיי המסחר והכלכלה המתקיימים כדבר שבשגרה'. השופט ריבלין מוסיף ומטעים כי הלשון הרחבה שנקט המחוקק נועדה ללכוד ברשת מעשים פסולים הנוגדים את התכלית שלשמה חוק חוק ההגבלים העסקיים, ועל כן יש להחריג מגדר האיסורים הקבועים בחוק את אותם המקרים 'הנכללים לכאורה בלשון הרחבה של הוראת סעיף 2, אולם בחינה תכליתית תבהיר כי הם נופלים מחוץ לגבולות החוק'.

גישה פרשנית זו נראית בעיני, ואף אני סבורה כי פירוש תכליתי של הוראת סעיף 2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, יש בו כדי לקדם את מידת הוודאות ולהפחית מן הקיפאון העסקי העלול להיגרם עקב פרשנות מילולית - מרחיבה של הוראת החוק. כמו כן, יש בפירוש התכליתי כדי להסיר את החשש מפני כתם של אי חוקיות, העלול לדבוק, שלא בצדק, בהסדרים 'תמימים' וראויים, ומפני סטיגמה עבריינית העלולה לדבוק במתקשרים בהם. פירוש המוציא לכתחילה מכלל הגדרת 'הסדר כובל' את אותם הסדרים שהחוק, על פי תכליתו, אינו מיועד לחול עליהם, אף יחסוך פניות שלא לצורך אל בית הדין או אל הממונה לקבלת אישור או פטור. לא למותר לציין כי לאחרונה עשה המחוקק צעד בכיוון הגישה התכליתית, וכוונתי לחוק ההגבלים העסקיים (תיקון מס' 6) התש"ס-2000. בתיקון זה שינה המחוקק את מודל הפיקוח שבחוק כך שהסמך את הממונה על ההגבלים העסקיים, 'לסנן' מן הפיקוח הפרטני, בדרך של קביעת פטורי סוג, את אותן הגבלות תחרות מקובלות, אשר ממלאות תפקיד חיובי, כחלק מעסקאות לגיטימיות ומועילות (ראו: ד' שטרם "תיקון חוק ההגבלים העסקיים – מיפנה בפיקוח על הסדרים כובלים" אתר האינטרנט של הרשות להגבלים עסקיים <http://www.antitrust.gov.il>).

על פי גישה פרשנית זו, יש אפוא לבחון את השאלה הניצבת בפנינו במקרה הנדון והיא, כאמור, השאלה האם עניין לנו ב'כבילה', כמשמעותה בסעיף 2(ב) רישא לחוק ההגבלים העסקיים. השאלה העקרונית מהי 'כבילה', כמשמעותה בסעיף 2(ב) רישא, היא שאלה מורכבת ולצורך המקרה שלפנינו, לא ראיתי צורך לקבוע בה מסמרות. די אם אומר כי על פי הפירוש התכליתי והראוי של מונח זה, אין לראות כ'כבילה' את 'מחיר מקסימום' שנקבע כ'תנאי הסף' במכרז הנדון. אותה מסקנה עצמה מתבקשת גם על פי "עקרון התבונה והשכל הישר", המלמדנו כי יש להתחיל את החוק במידתו הראויה: 'שלא להרחיב את שראוי להצר, ושלא להצר את שראוי להרחיב'.

²⁷ ע"מ 6464/03 לשכת שמאי המקרקעין בישראל נ' משרד המשפטים - אגף שומת מקרקעין, פ"ד נח(3) 293

דברים אלה של בית המשפט העליון נוצקו, גובשו וחושלו סופית בפרשת בורוביץ.²⁸ הם לא נותרו בחלל האויר. הם חלחלו להחלטות הגורמים הרלבנטיים האמונים על אכיפת חוק ההגבלים העסקיים. כך, בקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים בפרשת קניון הראל,²⁹ עמד הממונה על המתחייב מן הפרשנות המהותית-תכליתית שקבע בית המשפט העליון, באומרו:

"בחינתי את ההסדר במקרה זה לא הצטמצמה לנוסחו המילולי גרידא של סעיף 2. השימוש בהגדרה הרחבה של הסדר כובל, גם אם אפשרי, לא ייעשה אלא להגשמת תכלית החוק ובהתחשב במיקומו הגיאומטרי של "ההסדר הכובל" בהגשמת תכלית זו. פסקי דין שניתנו בשנים האחרונות בבית המשפט העליון בתחום ההסדרים הכובלים מלמדים כי לעת החלטה על סיווגו של הסדר ככובל מן הראוי שלא להיאחז בנוסחו הדווקני, אלא להציץ אל עבר התכלית החקיקתית ולבחון אם עשויים להתקיים קשר וזיקה בין ההסדר העומד לבחינה – לבין התכלית הסופית של החוק. עמדה על כך כב' השופטת חיות בפרשת איגוד שמאי המקרקעין..

נקודת המוצא לבחינתי היתה כי אין החוק מצווה לסווג ככובל כל הסדר שעלולה לנבוע ממנו, גם אם באופן תיאורטי בלבד, הפחתת תחרות כלשהי, ולו במידה זעומה. אימוץ פרשנות כזו, המרחיבה וסוחפת אל קרביו של חוק ההגבלים העסקיים גם הסדרים שפגיעתם תיאורטית לגמרי ותוחלת גריעתם מן התחרות היא זוטא מובהקת, תביא לידי תחולת יתר של החוק כדי אבסורד, וזו סופה בזילות החוק. כנגזר מכך, השימוש בהגדרת ההסדר הכובל נועד ללכוד את כל אותם הסדרים מהם עלולה לנבוע סכנה של ממש (שאינה תיאורטית בלבד) להפחתת תחרות במידה שאינה זעומה, כדי זוטי דברים. כך, כאשר מערך הנסיבות בהן מתקיים ההסדר מלמד כי יהיה זה אבסורד לסבור כי ההסדר יוצר הפחתה מוחשית כלשהי של אפשרויות התחרות – יימנע הממונה, ככלל, מהפעלת סמכויותיו שבפרק ההסדרים הכובלים שבחוק. "[ההדגשות הוספו]

הממונה הנוכחי, לא רק שתמך בגישה זו אלא גם הרחיבה לסעיף 2(א) לחוק, באומרו, בפרק שכתב (עם פרופ' י. שפיגל) בספר "ניתוח משפטי וכלכלי של דיני הגבלים עסקיים", כדלקמן:

"הממונה היה יכול להכריע את יישום סעיף 2(א) על המקרה, ללא כל ניתוח כלכלי, באמצעות הפרשנות המילולית האמורה, באומרו כי ההסדר "עלול לפגוע בתחרות בין בנק דיסקונט לבין בנקים אחרים". אולם (למיטב ידיעתנו בפעם הראשונה) הממונה מתנער מפרשנות "מילולית" זו ומוכן ליישם את סעיף 2(א) תוך ביצוע ניתוח כלכלי של הפגיעה המסתברת בתחרות בענף הרלוונטי. "[ע"מ 412 למעלה]

"עם זאת לגבי מידת הפגיעה המסתברת בתחרות שנדרש להראות על מנת שההסדר יהא כובל על פי סעיף 2(א) הסתפק הממונה בפגיעה קטנה יחסית. לדבריו, שלא כמו ביישום הקריטריונים למתן פטור להסדר הכובל על ידי הממונה, "אין סעיף 2(א) דורש, כתנאי מוקדם לתחולתו כי ההסדר יגלם תוחלת של פגיעה משמעותית או ממשית בתחרות.. כל שהסעיף דורש הוא עלילות לפגיעה כלשהי בתחרות, ועקרון זוטי הדברים' ישמיענו כי לא נביא בגדרה של פגיעה כזו – פגיעה שהיא זוטא מובהקת, שהכללתה בקהל הכבילות אותן התכוון המחוקק למנוע – תביא לאבסורד. "כפי שהובא במקום אחר, יצירת כמה רמות רלוונטיות לענין מידת הפגיעה בתחרות, אחת לענין בירור אם הסדר הוא כובל ואחרת לענין מתן פטור להסדר כובל, איננה ראויה וגם אינה ישימה. בהתאם,

²⁸ ע"פ 4855/02 מ"י נ' בורוביץ, פ"ד נט (6) 776.

²⁹ קביעת הממונה בדבר הסדר בלעדיות במקרקעין בין קניון הראל בע"מ לבין בנק דיסקונט לישראל בע"מ, אתר רשות ההגבלים העסקיים, 5000136.

לדעתנו דרוש ניתוח כלכלי מעמיק של השפעת ההסדר על התחרות בענף הרלוונטי על מנת להכריע כי הוא כובל לפי סעיף 2(א). [ע"מ 412].

העולה מן המקובץ הוא כי החלת הגדרת ההסדר הכובל שוב אינה מתחייבת כענין מילולי דווקא. הרציונל המניע והמכונן את סיווגו של הסדר ככובל שואב את חיותו מהסתכלות מהותית על טיבו של ההסדר בו מדובר, מוחשיותה של הפגיעה התחרותית הנובעת ממנו לתחרות בענף והיקפה של פגיעה זו, כאשר הגישה היא לאחר פסקי הדין שזכרו לעיל – כי סיווגו של הסדר ככובל כיום דורש מטען יתר, מהותי-תכליתי, המבסס הוכחת הסתברות לפגיעה של ממש בתחרות (ועל פי גישת הממונה הנוכחי המצוטטת לעיל – אף יותר מכך).

"תרגום" לענייננו של פרשנותו העדכנית של בית המשפט העליון את הגדרת ההסדר הכובל, מכון אותנו לתוצאה התכליתית: כפועל יוצא מפרשנות זו עלינו לחקור ולבדוק באיזו תחרות פוגע הסדר ניהול הזכויות פגיעה של ממש? האם ניתן ביושר לומר כי הסדר זה, שכל כולו נדרש וחיוני לאכיפת זכויות יוצרים הסובלות מכשל מובנה – פוגע בתחרות בין תסריטאים, או בין במאים, בהתמודדות על העלאת יצירותיהם לשידור? האם בעקבות הסדר ניהול הזכויות עשוי תסריטאי להתחרות בפחות מאמץ מול תסריטאי אחר על העלאת תסריטו של מי מהם לשידור? האם התחרות בין במאי לבמאי תפחת? התשובה לכך, כמו מתבקשת מאליה: לאו פשוט וברור. לאמיתו של דבר, תוצאת הסדר ניהול הזכויות היא החרפת התחרות בין התסריטאים והבמאים, הואיל ופירות שידורה והצלחתה של יצירה כוללים מעתה גם את התמלוגים.

בענייננו, הסדר ניהול הזכויות נעדר כבילות – בשונה מהסדרי ניהול הזכויות בפדרציה לתקליטים ובאקו"ם; עניינו של ההסדר ביצירת מוצר ייחודי – רישיון שימוש גורף והתמחר של אותו רישיון אינו נכפה על ידי תלי ואינו נקבע על ידה; והעיקר – בין חברי תלי אין קיימת כל תחרות לגבי רשיונות שימוש פרטניים – נזכיר שוב: בשונה מפרשת הפדרציה אין מדובר כאן בחברות תקליטים גדולות, שלכל אחת מהן מאגר גדול של זכויות השמעה והיכולות, אולי, לשמש כספק יחיד למשתמש – בענייננו אין משדר היכול להסתפק בשידור יצירות של במאי או תסריטאי פלוני. כל משדר נדרש למכלול רחב של יצירות היוצר "מאגר יצירות לשידור". לפיכך אין משמעות לתחרות בין שני תסריטאים לגבי מתן רישיון שימוש על ידי תסריטאי פלוני במקום "מתחרהו" תסריטאי אלמוני: התחרות אינה ולא יכולה להיות, מעצם טבעה, בין שני תסריטאים או במאים.

על רקע הדברים האלה ולנוכח פסיקתו של בית המשפט העליון בפרשת שמאי המקרקעין, אשר גיבשה סופית את כלל הפרשנות התכליתית – מהותית להגדרת ההסדר הכובל, אנו סבורים כי הסדר ניהול הזכויות בתלי – אינו הסדר כובל לפי כלל הפרשנות המהותית – תכליתית. זאת משום ש"אין טעם להחיל את דיני ההגבלים העסקיים על פעילות עסקית שאינה גורמת פגיעה ממשית כלשהי לתחרות בענף או במשק" (פסק דינו של כב' השופט אור בפרשת חניות לעיל).

כאשר מדובר בהסדר שכל כולו הוא ניהול משותף של זכויות יוצרים, אין בו כבילות מחיר, חלוקת שוק, כבילות כמות נכסים, בלעדיות או כל כבילה אחרת, וקביעת מחיר הרישיון נתונה להכרעתו של בורר בלתי תלוי – אין לראות על מה ולמה ייחשב הסדר שכזה להסדר כובל. תכליתו של פרק ההסדרים הכובלים הינה ללכוד הסדרים בין בני אדם "המנהלים עסקים" שמטרתם או תוצאתם

הינה הפחתת התחרות בעסקים והפחתה זו צריכה לדור בעולם המעשה, אין מדובר בענין תיאורטי. **עיון בהסדר ניהול הזכויות מלמד כי אין בו כל תוצאה של הפחתת תחרות בעסקים.**

לפיכך אנו סבורים כי הסדר ניהול הזכויות במתכונת המיוחדת בה הוא מתנהל בתלי – בלא כבילות, בלא תחרות קיימת או פוטנציאלית בין תסריטאי למשנהו או בין במאי למשנהו בשוק רשיונות השימוש, בלא כל כבילות חלוקת שוק, בלא בלעדיות, בלא כפיית מחיר וכבילות, בלא כבילה לרשיון שמיכה דווקא, אינו טומן בחובו כל פגיעה ממשית בתחרות בשוק הרלבנטי: שוק היצירה רשיונות השימוש.

למצער, ככל שייטען, על פי הגישה הפורמלית-מילולית להגדרת ההסדר הכובל - כי עצם הקמת פעילות משותפת לאנשים מאותו משלח יד, או כי עצם הנפקתו של רשיון שימוש משותף לבמאים ולתסריטאים מהווים, כשלעצמם, הסדר כובל - כי אז נשיב לכך בשניים אלו: ראשית, אין בדבר כל מניעה או הפחתה של תחרות, אך גם אם יסבור מאן דהוא כי יש כאלה הרי שמדובר בהיבטים זניחים לגמרי, שאין עימם כל פגיעה תחרותית של ממש. לא למותר להזכיר בהקשר זה כי העיקרון של זניחות ו"זוטי דברים" אינו מצטמצם לפטור הסוג לכבילות קלות ערך, אלא יונק מעקרון כללי, רחב יותר שפטור הסוג הוא אך קודיפיקציה ספציפית שלו, שאינה ממצה את העקרון ותחולתו בשדה דיני התחרות – **כך על פי פסיקתו המפורשת של בית המשפט העליון.**³⁰

ח. המסגרת הנורמטיבית:

1. כללי

כוכב הצפון לבחינת אישורו של הסדר כובל, מצוי בהוראת סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, שם נקבע מפורשות:

"בית הדין יחליט לאשר הסדר כובל, כולו או חלקו, אם הוא סבור כי הדבר הוא לטובת הציבור, ורשאי הוא להתנות את אישורו בתנאים".

"טובת הציבור" מקבלת הקשר וצביון לאור התחום הרלבנטי בו נדרש בירורה: ענייננו ממוקד בתחום היצירה והתחרות, כאשר האינטרסים הרלבנטיים לבחינה הם בעיקרם, התועלת שמניב הסדר ניהול הזכויות המשותף לאינטרס הגנת זכויות התסריטאים והבמאים ובכך לקידום והגנת היצירה (והיצירה הישראלית) – מזה והשפעתו של הסדר זה על התחרות - מזה. מוקד הדיון הוא בשאלה כיצד ניתן לקיים את הסדר ניהול הזכויות המשותף החיוני להגנת זכויות התסריטאים והבמאים, באיזון

³⁰ **בפרשת חניות** הנזכרת בה"ש 25 לעיל, קבע כב' השופט אור: "דעתי היא, כי העיקרון שעוגן בכללים אלה (כללי פטור הסוג לענין כבילות קלות ערך – ד.ש.), העיקרון של "זוטי דברים" (de minimis) היה קיים גם טרם קיבל ביטוי מפורש במסגרתם. עיקרון זה ניתן להחיל במקרה דנן, ובמקרים דומים אשר יתכן ויעלו בעתיד (ראו: דנ"א 4465/98 הנ"ל, פסקה 30; ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 145, 171-173). עיקרון זה קובע, כי גם כאשר קיימת פגיעה בזכות או כאשר מתבצע מעשה שהוא עבירה, בית המשפט לא ייטה לעסוק בכך אם מדובר בפגיעה מזערית או במעשה קל ערך. דעתי היא, שיש ליישם עיקרון זה במקרה שבפנינו. כאמור, גם בהגחה שקיימת בעניינו פגיעה בתחרות, השלכתה על המשק או על ענף החניה היא אפסית." יצויין כי השופט טירקל הצטרף להערתו זו של השופט אור (שם, בסוף פסק הדין), כך שמדובר בדעת רוב בבית המשפט העליון.

סביר מול אינטרס התחרות. נעיר כבר כאן כי איזון כזה נמצא בעניין של אקו"ם והפדרציה לתקליטים – בהטלת תנאים המונעים חלק מן הכבילות שנמצאו בהסדרי ניהול הזכויות שם.

דיוק: שאלה זו אינה נבחנת בחלל ריק, אלא באופן קונקרטי למצב ספציפי של נסיבות: מצבם של התחרות והיצירה לפני ההסדר ובלעדיו – מול מצבם של התחרות וקידום והגנת היצירה לאחר ההסדר: כך, ככל שהסדר ניהול הזכויות עצמו שלא זו בלבד שאינו פוגע פגיעה משמעותית בתחרות, אלא מיטיב את מצב של היצירה, מאפשר מימוש זכויות היוצרים ובכך מקדם את תמריצי היצירה – יש לאשרו. לעומת זאת, ככל שההסדר פוגע משמעותית בתחרות ואינו מקדם, או מקדם באופן זניח לגמרי, את קידום היצירה והגנת זכויות היוצרים, כי אז אין לאשרו, שכן שכרו יוצא בהפסדו. עמד על כך בית הדין להגבלים עסקיים בפרשת הפדרציה לתקליטים:

"לשם אישור ההסדר על בית הדין לבחון, כמצוות המחוקק, האם ההסדר הוא לטובת הציבור, והאם תרומתו לציבור עולה באופן ממשי על נזקיו. לצורך כך עלינו לערוך את מאזן התועלות והנזקים הכרוכים בהסדר הכולל שלפנינו ולקבוע, כמצוות המחוקק, האם היתרונות עולים, ובאופן משמעותי, על החסרונות".³¹

סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים מספק כלים ושיקולים לבחינת "אינטרס הגג" של "טובת הציבור" החולש על כל הדיון באישור ההסדר הכולל. סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים קובע **רשימה פתוחה** של שיקולים שניתן להביאם בחשבון, לצורך הקביעה הכוללת אם ההסדר בו מדובר הינו "לטובת הציבור". ביניהם כאלה הרלבנטיים ביותר לענייננו, כמו:

"(1) ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחתם איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן".

וכן:

"(4) מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג אספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידיו חלק ניכר של האספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידיו חלק ניכר של הרכישה של אותם נכסים או שירותים".

שני שיקולים אלה מתקיימים בענייננו, בכמה מישורים: הן ברמת ייעול הייצור של רשיון השמיכה (Blanket License) ושיווקו – האפשריים, שניהם, ב במסגרת הסדר ניהול הזכויות; הן ברמת שיווק יעיל של זכויות תלי (כהגדרתן לעיל) בהקשר של ביצוע פומבי, שידור, השכרה והעמדה לרשות הציבור (במובן סעיף 10(1) לחוק כמצוטט לעיל); והן לעניין מתן עצם האפשרות לתסריטאים ובמאים לקבל תמלוגים בכלל, לרבות "בתנאים סבירים" מידי המשתמשים ובהם תאגידי השידור הגדולים שבידם חלק ניכר מרכישת שירותי היוצרים, במובן סעיף 10(4) לעיל.

נוכח כי סעיף 10 אינו תחליף ל"אינטרס הציבור" שבסעיף 9. סעיף 10 בא ופורש רשימת עניינים שבהם, "בין השאר", על בית הדין להתחשב בקובעו אם ההסדר הוא לטובת הציבור. אולם, הרשימה שבסעיף 10 אינה רשימת האינטרסים שמהווים את "טובת הציבור", אלא השיקולים לבחינת עניינים הבאים בגדר "אינטרס הציבור": טול למשל, הסדר כובל בתחום הבריאות שנועד להוריד את שיעור

³¹ הע (ים) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ניתן ב-30/4/2004, סעיף 50 לפסק הדין.

התחלואה בחולי מסויים – פשיטא, כי זהו הסדר שמשרת את טובת הציבור אף שנושא הבריאות ומניעת התחלואה אינו נזכר בעצמו ברשימת העניינים שבסעיף 10. כך בענייננו ביחס להסדר בתחום היצירה – השאת ומיקסום היצירה הישראלית אינה נזכרת ואינה צריכה לבוא במניין האינטרסים שבסעיף 10, אך אין משמעות הדבר כי אין היא בגדר "טובת הציבור". נהפוך הוא: **סעיף 10 כלל אינו מונה את רשימת האינטרסים המהווים את טובת הציבור אלא רק את השיקולים בהם יש לדון באינטרסים אלה.**

II. אינטרס הגנת זכויות היוצרים והיצירה

אינטרס פיתוח והשאת תפוקת היצירה, בפרט היצירה האורקולית הישראלית (ובמילים אחרות, כל היצירות הטלוויזיוניות והקולנועיות) הוא יסוד מרכזי ב"טובת הציבור" בענייננו: היצירה האורקולית בישראל הינה חלק אינטגרלי, אורגני בעל משקל הולך וגדל בתרבות הישראלית. העניין שבהגדלת התפוקה של יצירות אורקוליות ישראליות הינו, על כן, אבן יסוד במפעל יצירתה והעשרתה של התרבות והיצירה הישראלית. אינטרס זה, זכה להכרה ציבורית עניפה, לרבות בחקיקה ובהחלטות מתחום דיני ההגבלים העסקיים שיפורטו להלן. דברי בית המשפט העליון בשורה ארוכה של פסקי דין ראוי שייחרתו על לוח ההחלטה בענייננו, ולו במחיר החזרה על הדברים:³²

"ההגנה על זכות היוצר ביצירתו נועדה, אם כן, להגשמת אינטרס רחב יותר, הוא עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר - כמו במקרה של יצירה מוסיקלית - את תרבותו. עמד על כך הנשיא שמגר בע"א 513/89 Interlego A/S נ' A/S Exin - Lines Bros S.A. ואח', פ"ד מח(4) 133 (להלן: עניין אינטרלגו), בע' 161: בעל זכות יוצרים, אם כן, מעשיר את עולם היצירות שלנו. דיני זכויות יוצרים נועדו לתמוך אותו לעשות זאת."

"ההנחה היא, כי מלאכת היצירה דורשת השקעת משאבים וכי לולא הגן הדין על היוצר, במובן זה שניתן לו ליהנות מפירות היצירה במידה שתהפוך את ההשקעה לכדאית עבורו, הייתה היצירה מתמעטת והולכת... לזכות היוצרים משמעות לא רק במובן הגנתו של הקניין הקיים והיא נועדה גם להבטיח את היצירה העתידית."³³ [ההדגשות הוספו]

האינטרס של הגנת זכות היוצרים ועימו ההגנה על אינטרס הציבור בקיום יצירה כנראטיב מרכזי בפיתוחה והעשרתה של תרבות – הוכר אפוא כאינטרס ציבורי ראשון במעלה.

יתר על כן, בית המשפט העליון ובית דין נכבד זה קבעו מפורשות כי אינטרס ציבורי זה מצריך את הסדר ניהול הזכויות³⁴ וכי קיומם של ארגונים לניהול זכויות משותף כתלי – חיוני לקיומה של זכות היוצרים. זוהי "שרשרת ההגנה" על התרבות והיצירה המושרשת ומבוססת בפסיקה הישראלית.

³² רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נגד תחנת השידורים גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625.

³³ ראו דברי השופט יעקב מלץ ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, בע' 267-268.

³⁴ בית המשפט העליון בפרשת אקו"ם הנזכרת לעיל: "ארגונים כאלה, שהיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס ההבנה, כי בפועל, ללא קיומם, יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי היותה מוטלת בספק."

מימוש זכויות היוצרים יוצר תמריצים להגדלת "עוגת היצירה" ויוצר מגרש משחקים מאוזן יותר, המעודד יצירה כשלעצמו. עידוד היצירה הוא כלי מרכזי לפיתוח התרבות – על כך עמד בית המשפט העליון עצמו שעה שקבע, כי **ההגנה על זכות היוצר ביצירתו נועדה להגשמת אינטרס רחב יותר, הוא עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר את תרבותו**.³⁵

"שוק היצירה האורקולית" (ובמילים אחרות, כל היצירות הטלוויזיוניות והקולנועיות) עומד אפוא במרכזה של בקשה זו, ככלי מרכזי לפיתוחה של התרבות הישראלית. הטענה היא כי קיומו של הסדר ניהול הזכויות הוא אמצעי חשוב וראשון במעלה להגשמת עניינו של הציבור בקיומה ופיתוחה של יצירה ישראלית אורקולית (אודיו-ויזואלית) טלוויזיונית וקולנועית, ממש כשם שקיומו של הסדר ניהול הזכויות הוא אינסטרומנט חשוב להגשמת עניינו של הציבור בפיתוחה של יצירה מוסיקלית, כפי שמצא בית דין נכבד זה בעבר בפרשיות הפדרציה לתקליטים ו-אקו"ם.

נעמוד עתה ביתר פירוט על האינטרסים הספציפיים שאישור הסדר ניהול הזכויות כרוך בהם.

III. האינטרסים שביסוד אישור ההסדר: תחרות, יצירה והגנת זכויות יוצרים

אינטרס התחרות: החשש המרכזי בתחום ההסדרים הכובלים, שהוא האכסניה לדיון בבקשה זו, הינו כי "ההסדר בו מדובר עלול להפחית או למנוע את התחרות בעסקים" (סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים). בעבר היתה הסברה כי כל הפחתה של תחרות, ולו קלה או אפילו היפותטית מביאה הסדר להיותו "הסדר כובל". ברם, גישה זו היא נחלת העבר. במקומה צמחה גישה תכליתית, הדורשת זיקה ברורה בין ההסדר לבין מניעה של תחרות בהקשר הרחב של תכלית החוק (על כך עמדנו כבר בהרחבה בפרק ז' לעיל, הדן בסיווגו של הסדר ניהול הזכויות כהסדר כובל).

נזכיר גם זאת: האפשרות לפגיעה כלשהי בתחרות אינה אלא "סף כניסה" להגדרת "ההסדר הכובל", אך היא אינה ממצה את משקל הפגיעה בתחרות הנחשבת לפגיעה משמעותית באינטרס התחרות, שהיא תנאי הכרחי לכך שהסדר לא יאושר על פי חוק ההגבלים העסקיים. במילים אחרות, הפגיעה התחרותית הנדרשת לשם איזון במסגרת ההחלטה אם לאשר הסדר כובל או לא – היא פגיעה כבדת משקל ומשמעותית ביותר.³⁶

פשיטא, כי בהתקיים ערך פודה כמו הגנת זכויות היוצרים וקידום היצירה – אין די בפגיעה היפותטית או קלת ערך בתחרות. כדי להימנע מאישור ההסדר הכובל נדרשת פגיעה משמעותית ונכבדה בתחרות בפועל, כזו העולה בעומקה וברמתה על כלל התועלות מקיומו של הסדר ניהול הזכויות. כפי שנראה להלן, אין פגיעה כזו בתחרות בענייננו, ולמעשה אין כל פגיעה ממשית ובת קיימא בתחרות.

הטיעון כי לולא הסדר ניהול הזכויות היו התסריטאים והבמאים מקיימים מנגנונים עצמאיים פרטניים למימוש זכותם לתמלוגים קורס מול המציאות (שכן הדבר לא אירע מעולם) ואינו בר קיימא

³⁵ ראה להלן ציטוטים מפסה"ד של בית המשפט העליון בפרשת אינטרלגו (מפי כב' הנשיא שמגר) ובפרשת אקו"ם.
³⁶ דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, עמ' 47 לפסק הדין.

כלל ועיקר. בענייננו, מדובר במצב היפותטי שהוא בבחינת קל וחומר **מפרשת הפדרציה** – שם דובר בהסדר ניהול זכויות של גופים עסקיים בעלי מעמד: חברות התקליטים.

וידגש: לנוכח העובדה כי ציבור התסריטאים ניהל את זכויותיו גם בעבר במסגרת ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים, לאור העובדה כי אין בנמצא חלופה אחרת בת קיימא, מבוססת, ישימה ומתפקדת המבטיחה מימוש הזכויות עבור התסריטאים והבימאים, לא ניתן לטעון לפגיעה תחרותית, שכן זו כאמור היא היפותטית בלבד.

אינטרס קידום והגדלת היצירה - הגנת זכויות היוצרים: אל מול הדאגה לתחרות ולפגיעה בה, דאגה שעוד ניוכח במשקלה הממשי – קיים אינטרס כבד משקל, והוא קידום היצירה על ידי הגנת זכויות היוצרים של יוצריה. והרי ידוע לכל שכל עולם הקניין הרוחני בכללו מהווה זרז מרכזי בצמיחה ובשגשוג כלכלי, תרבותי וחברתי. על חשיבות יצירות מקוריות ועידוד היצירה, עמד בית המשפט העליון פעמים רבות.³⁷ על הקשר האורגני בין האינטרס הרחב של הציבור בקיומה ובפיתוחה של היצירה לבין ההגנה על זכויות היוצרים, עמד בית המשפט העליון **בפרשת אינטרלגו**, בקובעו:

"בעל זכות יוצרים, אם כן, מעשיר את עולם היצירות שלנו. דיני זכויות יוצרים נועדו לתמרץ אותו לעשות זאת."³⁸ (כב' הנשיא שמגר).

האינטרס הציבורי שבהגנה על הזכות לתמלוגים עלה באופן אינטנסיבי ביותר בדיונים טרם קבלת חוק זכות יוצרים, התשס"ח - 2007, שהתקיימו בועדת הכלכלה במהלך שנת 2007 ובשנים שקודם לכן. ברקע הדברים, נציין כי עיקרון העל שנקבע בחוק זכות-יוצרים 1911 היה תמיד ברור: היוצר הוא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה. והנה, בטיטוט החוק של חוק זכות יוצרים החדש הציע משרד המשפטים לכרסם בעקרון זה בסייגים שונים, המשמעותי והגורף מביניהם היה הניסיון לקבוע כי ביצירה מוזמנת - זכות היוצרים הראשונה ביצירה תהיה של המזמין. משמעות הצעה זו היתה "מכת מוות" לעקרון התמלוגים, שכן יכולתו של היוצר לשמור את זכויותיו לצורך גביית תמלוגים שעל פי הנוסח הנוכחי היא קשה מאוד, מן הטעמים שפורטו לעיל (הנחיתות המובנית של היוצר מול המזמין והריכוזיות בשוק המשדרים) הפכה לבלתי אפשרית ממש בנוסח שהוצע על ידי משרד המשפטים.

ואכן, כך גם סבר המחוקק הישראלי, בעת הדיונים הממושכים בכנסת שעה שהבליט את חשיבות **אינטרס היצירה והגנת היוצרים**: בדיון סוער שהתפתח התייצבו כל חברי הכנסת של הועדה, קואליציה כאופוזיציה ובראשם היו"ר, **נגד כוונת משרד המשפטים**, תוך התייחסות מפורשת **לסכנה שתרחף על התמלוגים**, באם תתקבל הצעת משרד המשפטים.

להלן חלק מהדברים שנאמרו בישיבת ועדת הכלכלה מיום 9.10.2007:

ח"כ יואל חסון: "אני רוצה לומר משהו למשרד המשפטים וגם חברת הכנסת לימור ליבנת רמזה על כך. אני מאוד מופתע, ואני חייב להגיד שאני גם מאוד

³⁷ רע"א 6141/02 אק"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625 ופסה"ד הנזכרים שם. כך נאמר שם, בין היתר: "ההגנה על זכות היוצר ביצירתו נועדה אפוא להגשמת אינטרס רחב יותר, הוא עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר- כמו במקרה של יצירה מוסיקלית- את תרבותו".

³⁸ ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin - Lines Bros S.A. ואח', פ"ד מח(4) 133, בעמ' 161

מצטער על חלק מההצעות של משרד המשפטים, שבעיניי הן דורסניות כלפי היוצרים וכלפי האמנים. מסיבה כלשהי התעלמו לחלוטין מאנשים שהם המרכזיים ביותר בתרבות הישראלית ובחברה הישראלית. נראה שכאילו לא היתה התחשבות ומשרד המשפטים היה בחדר סגור, כתב כמה רעיונות נזמזמים ורצה להפיל את זה לכאן לוועדה.

אני ממש מבקש. עורך דין אפורי, אני אומר לך, בעיניי האלה אין קואליציה ואין אופוזיציה. יש עניינים עקרוניים כי כל אחד מאיתנו חי בארץ הזאת ורוצה שיהיו כאן אמנים ויוצרים ותרבות."

אבישי ברוורמן: "כל חברי הכנסת שיושבים פה, מהאופוזיציה ומהקואליציה, מודאגים ממצבם של היוצרים בתרבות הישראלית. אין הקצאה של משאבים לתרבות הישראלית. אם האוליגרכים, שמקצים כספים לכדורגל, היו מקצים חלק קטן מהכספים ליוצרים, מדינת ישראל היתה אור לגויים.

אני מסכים לחלוטין שליוצרים יש זכויות ומגיעים להם התמלוגים. לכן משרד המשפטים טעה כשלא הציג את הדברים האלה לגבי הזכויות והתמלוגים."

יצחק זיר: "אני מסתכל על היוצרים כגמלאים בעתיד, בפרט כשאנחנו נמצאים היום ביום הקשיש. אם היום לא נסתכל עליהם, נראה מה יקרה מחר, כאשר לא יהיו להם התמלוגים האלה."

לא יהיה מוגזם, אפוא, לומר שחברי הכנסת חברו על מנת שהחוק החדש לא יפגע ביוצרים ובאפשרותם לממש את זכויות היוצרים שלהם באמצעות תמלוגים. כתוצאה מכך – הנוסח שונה. המפיקים וגופי השידור המזמינים שביקשו לקבל את זכויות היוצרים לא השיגו את מבוקשם, ההכרעה שהושגה היתה כי זכויות היוצרים יישארו בידי היוצרים. כך הציג את מימושה של גישת החכמים יו"ר הוועדה, חבר הכנסת (דאז) משה כחלון בעת הגשת ההצעה לכנסת:

"בפרק ה' להצעת החוק כלולות הוראות ביחס לבעלות בזכות היוצרים, והעיקרון הוא שהבעלות הראשונה ביצירה היא של יוצרה, ובתקליט - של המפיק.

אשר לבעלות על יצירה מוזמנת, נושא שבו עוסק סעיף 35: בנוסח המקורי הוצע שהבעלים הראשון של זכות היוצרים בה יהיה או היוצר או המזמין, לפי הכוונה המשתמעת של הצדדים. אחרי דיונים רבים בוועדה, שבהם נשמעו העמדות הסותרות, ולבקשותי, כינסו נציגי משרד המשפטים את מרבית הגורמים המעורבים בניסיון לגבש הסדר שיהיה מוסכם על כולם, ולשמחתי מאמץ נוסף זה אכן צלח, ובהתאם אף זכה לתמיכת הוועדה. לפי נוסח הפשרה, המעוגן בהצעה המונחת לפניכם, הבעלות הראשונה על יצירה מוזמנת היא בידי היוצר, אלא אם הוסכם אחרת, במפורש או במשתמע." (ההדגשות בציטוטים הוספו).

עדות נוספת למודעות הרבה של המחוקק לעניין הצורך לעגן את הזכות לתמלוגים של היוצרים באמצעות חברות תמלוגים היא הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), התשע"ב-2012 (שקדמה לה הצעת חוק ממשלתית משנת 2006). הצעה זו נותנת מעמד סטטוטורי ולגיטימציה מלאה לחברות התמלוגים השונות ומגדירה אותם בסעיף 1 להצעה הדין בהגדרות כלהלן:

"תאגיד לניהול משותף" – תאגיד המנהל זכויות יוצרים מטעם חבריו או מטעם אחרים, באופן קולקטיבי;"

האינטרס הציבורי בהגנתה וטיפוחה של היצירה הישראלית, שהסדר ניהול הזכויות הוא שומר הסף שלו – **מצא ביטוי אף בדברי חקיקה נוספים**, בהם הוסבר שוב ושוב החינוניות שבעידוד היוצרים והיצירה הישראלית, בין היתר, בקביעת חובות הפקות מקור בהוראות שונות: כגון **בחוק רשות השידור, התשכ"ה-1965**³⁹, **חוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982**⁴¹ ו**חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990**⁴². בנוסף, ניתן לדברים ביטוי בהטלת החובה לדאוג לזכויות יוצרים בחוק הבזק ובחוק הרשות השנייה, וכן בהוראה מפורשת בתנאי הזיכיון של הרשות השנייה, הדורשת מהזכיינים לחתום הסכמי שכר ותמלוגים עם הארגונים היציגים של היוצרים.

בהקשר הקונקרטי של היצירה מקבלת "טובת הציבור" משנה תוקף לאור הרציונל היסודי שבדברי חקיקה אלה, לפיהם קיים סוג של "כשל שוק" בעולם היצירה המחייב התערבות המחוקק, כדי לקדם את היצירה הישראלית, וזאת משום החשיבות הרבה הקיימת להרחבת והגדלת היצירה הישראלית-המקורית, לרבות אותן יצירות פרי עיטם של התסריטאים והבמאים חברי תלי – לכינונה, גיבושה ופיתוחה של תרבות ישראלית, שיקוף ההווי המיוחד של האוכלוסיה ופגלים שונים בה, החוויה הישראלית על נגזרותיה, והצגת המיוחד והמיוחד בחברה המתגבשת בישראל.

במשך עשרה השנים האחרונות חלה התקדמות דרמטית במעמד היצירה האורקולית הטלוויזיונית והקולנועית המקורית. הציבור הישראלי "מצביע בעיניים": הוא רוחש אמון ליצירה האור קולית הן בטלוויזיה והן בקולנוע, וצופה בה במספרים גדולים מאד ביחס לעשורים הקודמים. היצירה הישראלית זוכה להצלחה גם בעולם, כך למשל ארבעה סרטי קולנוע ישראליים ("ואלס עם באשיר", "בופור", "עג'מי", "הערת שוליים") הגיעו לשלב הגמר של חמשת המועמדים הסופיים ל**פרס האוסקר** האמריקאי לסרט הזר הטוב ביותר וסרטים ישראליים מועמדים ל**פרסים יוקרתיים באירופה** ובעולם כדבר שבשגרה. סדרות ישראליות נרכשו לצפיה או עיבוד ברחבי העולם (הסידרה "בטיפול" נרכשה במספר מדינות, וכך גם הסדרות "רמזור" ו"חטופים" זכו בפרסים יוקרתיים בארצות הברית). כמו כן, סרטי תעודה ישראליים מוצגים ברחבי העולם (ב - 2013 שני סרטי תעודה ישראליים במקביל הגיעו לגמר תחרות האוסקר האמריקאי "שומרי הסף" ו"חמש מצלמות שבורות").

נתונים אלה מלמדים על התפתחותה של קהילה מקצועית של תסריטאים ובמאים, באיכות גבוהה, היוצרת יצירות רלוונטיות המספרות את הסיפור הישראלי. קהילה זו התפתחה במקביל להקמתה של תלי. בין הגורמים שתורמו תרומה מכרעת להתפתחות מרשימה, נמנית גם תלי, אשר לראשונה אפשרה לתסריטאים ולבמאים של יצירות אורקוליות טלוויזיוניות וקולנועיות (או במילים אחרות כלל היצירה הישראלית המקורית שהציבור הישראלי נחשף אליה בטלוויזיה, קולנוע, VOD, אתרי אינטרנט, וחברות הסלולר, גופים ציבוריים ובתי עסק) לפנות זמן איכות לפיתוח יצירות, תוך שהם מקבלים תמלוגים מיצירות עבר מצליחות שלהם.

³⁹ המגדיר את תפקידי רשות השידור, כשמטרתם היא לקדם את היצירה המקורית הישראלית בסעיף 3(9) לחוק.

⁴⁰ בסעיפים 44(ג), 44(ד), 44(ה) ובתוספת לסעיף 44 מוגדרים סוגי התוכניות הנדרשות, הכמויות וההוצאות הנדרשות מרשות השידור עבור הפקה מקומית.

⁴¹ ס' 6(1)ג) מגדיר את תפקידי המועצה לשידורי כבלים ולשידורי לוויין, בין יתר התפקידים: "עידוד הפקות מקוריות-מקומיות של תכניות ובין היתר באמצעות שידורן במספר מרבי של אזורים".

⁴² גם בחוק זה, מוגדרים במפורש תפקידיה של הרשות, ביניהם, עידוד וטיפוח היצירה העברית המקורית. כך למשל, נקבע בסעיף 5(ב): "במילוי תפקידיה תפעל הרשות במגמה - (1) לקידום היצירה העברית הישראלית".

על פי סקר שערכה תלי בין חבריה, 60% מחברי תלי מקדישים לפחות 3 חודשים בשנה לפיתוח יצירות ללא קבלת תמורה מגורם כלשהו בעת השקעת הזמן הזה. קיומה של קהילה זו הוא שברירי מאד וגם בתנאים הנוכחיים ביחס למדינות אחרות, מצבם של התסריטאים והבמאים בישראל הוא קשה ואורך הקריירה שלהם ביחס למדינות אחרות הוא נמוך מאד.

לעשייה הזו - משמעות מעבר לכבוד וליוקרה. **מדובר בהגנת התרבות המקורית והיצירה הישראלית.** אנו חיים בתקופה שבה היצירה האור קולית היא מעצבת התרבות העיקרית: תקופה של שמייס פתוחים שבה "מדורת השבט" כבתה והציבור הישראלי ובמיוחד הדור הצעיר, חשופים למיטב היצירה האור קולית בעולם בזמן אמיתי וללא עלויות. "שמירת גחלת" מקומית, איכותית, חיה, בועטת, רלוונטית חברתית, ציונית, מספרת בלהט ומבקרת בעצמה – חיונית לחברה הישראלית יותר מתמיד. לשם כך יש להגן על האדריכלים המרכזיים של היצירה האורקולית - התסריטאים והבמאים שלה.

האינטרס המיוחד בקידום היצירה הישראלית מקבל בענייננו חשיבות מיוחדת אל מול חולשת היוצר וזכות היוצר: כפי שנראה בבקשה ובראיות שיוגשו ויישמעו בפני בית הדין – "סובלת" זכות התסריטאי והבמאי הבודד מחולשה מיוחדת: לא רק שמדובר בזכות קנין רוחני, שאין לה אחיזה גשמית שניתן מכוחה למנוע שימוש לא מורשה בנכס (היצירה), אלא שזכות זו עומדת אל מול כוחם של תאגידי השידור הגדולים, והיא לצנינים בעיניהם. עמד על כך בהרחבה בית הדין להגבלים עסקיים **בפרשת הפדרציה לתקליטים**:⁴³

"אכיפתן של זכויות יוצרים נתקלת בקשיים רבים. מקורם של קשיים אלה בעובדה, שהיצירה המוזיקלית, לאחר שהוטבעה על-גבי רשומת קול (תקליטור, תקליט, קלטת וכו') והופצה למכירה, נמצאת בהישג ידו של כל אדם, אשר מעשית, להבדיל ממשפטית, באפשרותו להשמיע את היצירה בפומבי ללא היתר ומבלי לשלם את התמורה עבור השימוש. בעלי הזכויות, מנגד, לא יוכלו ברוב המקרים, לעקוב ולפקח על קיום ההשמעות, אופיין וכמותן ולגבות תמלוגים עבור כל השמעה בנפרד.

מכאן, שמבחינה טכנולוגית, הפרת זכויות היוצרים הגה משימה קלה, שקשה מאד למנועה.

לאור המספר העצום של ההשמעות הפומביות המתבצעות באין ספור מקומות, לא ניתן למעשה לעקוב אחר כל השמעה פומבית. רישיון השמיכה פותר בעיה זו בכך שהוא מאפשר לאכוף את זכויות היוצרים מבלי לעקוב אחר הביצוע כל השמעה והשמעה.

אותם דברים נכונים לגבי היצירה אורקולית – מיד לאחר הפצתה היא בהישג ידו של כל אדם ובאפשרותו של כל אחד לשדרה שוב ושוב מבלי לשלם את התמורה עבור השימוש, גם כאשר השימוש הוא מסחרי. מבחינה טכנולוגית, הפרת זכות היוצר היא משימה קלה שקשה מאד למנועה. תעשיית המוסיקה כמעט וקרסה למול ההתפתחות הטכנולוגית ועתה חווה את אותה בעיה התעשייה האור קולית. היעדר היכולת לעקוב אחר העתקה ושידור והעדר יכולת אכיפה אפקטיבית של זכות היוצרים, מבטלת למעשה, גם אם לא להלכה, את ליבתה של זכות היוצרים והיא הופכת נטולת חיות ומופקרת לכל דיכפין. **בעיה זו מחריפה בעידן הדיגיטלי בו השימוש ביצירה האורקולית לצרכי הקהל הרחב**

⁴³ הע (ים) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, ניתן ב-30/4/2004, סעיף 52 לפסק הדין.

הוא נרחב והעלות של הביצוע הפומבי, השידור, ההשכרה וההעמדה לרשות הציבור של היצירה האורקולית היא אפסית. תופעה זו קיימת הן בגופי השידור לסוגיו (טלוויזיה, אינטרנט וסלולר), אך הולכת ונפוצה גם בבתי עסק המכניסים מסך טלוויזיה חלף הרדיו ונגן המוסיקה, שהיה מקובל בעבר. המסקנה הברורה העולה מן הדברים היא כי ללא ארגונים מקצועיים כתלי, לניהול זכויות משותף – לא ניתן לממש את זכותם של התסריטאים והבמאים לתמלוגים. עמד על כך בית המשפט העליון:

"ארגונים כאלה, שהיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס ההבנה כי בפועל, ללא קיומם יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי היותה מוטלת בספק".⁴⁴

מסקנה נחרצת זו, לפיה ללא ארגונים כתלי אשר יכוננו ויקיימו הסדרי ניהול משותף של זכויות יוצרים לא ניתן, למעשה, לממש את זכויות היוצר, מצאה ביטוי חוזר ונשנה בדבריו של בית דין נכבד זה – כך, **בפרשת הפדרציה** נאמר במפורש, כי:

"52. היתרון העיקרי הכרוך בהסדר הכובל שלפנינו מבחינת הציבור, הוא שההסדר מהווה כלי חיוני באכיפת זכויות היוצרים."

כך הוא במקרה שבפנינו, וביתר שאת: בהינתן הא-סימטריה החריפה עליה עמדנו לעיל, בתיאור מימשק היחסים שבין היוצר למשדר, ובהינתן חולשתה המובנית של זכות היוצר לקבלת תמלוגים קיים חשש כבד, אם לא למעלה מזה, כי ללא הסדר שיגן באופן ממוסד על זכות היוצר – תהיה זכות זו ל"אות מתה" (כפי שהיתה במשך שנים במקרה של הבמאים, ותסריטאי הקולנוע): קיימת עלי ספר אך בלתי ממומשת, חסרת קיימות ונעדרת נפקות כלכלית במציאות. הסיבות לכשל זה נעוצות הן במבנה השוק והן בדינמיקה של תהליך היצירה בה מגיע התסריטאי והבמאי הבודד לחתימת ההסכם במצב נחות בעליל – הוא כבר השקיע את כל מאודו, מרצו משאביו ביצירה וכל תקוותו להצלחה תלויה בהסכמה לשידור ואילו המשדר משוחרר מעלויות שקועות אלו, יש לו פורטפוליו ענף של יצירות וזורמות אליו הצעות ליצירות נוספות כל העת. המבנה הריכוזי של שוק המשדרים בישראל מעצים את הנחיתות המובנית בה שרוי היוצר ומביאה לכדי תוצאה פשוטה: הרוב המכריע של היוצרים היו מוותרים עליה לאור לחצם של תאגידי השידור הגדולים (לחץ שקיומו הוכח כאמור בפועל כגון במקרה של HOT שפורט לעיל), ואותם יוצרים מעטים שאולי, באופן תיאורטי, היו מתעקשים על קיומה – לא היה לרשותם מנגנון מוסדי המאפשר להם לממש את זכותם, והמעמיד לרשותם את מכלול השירותים של תלי (כהגדרתם לעיל), לרבות אלה: קיום מנגנון המיומן ומתמחה בכינון ותחזוקת עסקת התמלוגים, תיעוד אלפי השימושים בכל מסך אפשרי ובכל יום ושעה בה משודרת היצירה בפינה כלשהי בעולם השידורים בישראל, ומתמחה באכיפה – קרי: דרישת התמלוגים המגיעים, גבייתם באופן מלא ויעיל ופירעונם. לא במקרה הגיע בית דין נכבד זה בדונו

⁴⁴ רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625.

בשאלה אם יש לאשר הסדר כובל דומה בפרשת אקו"ם,⁴⁵ באופן זהה למסקנה זהה אליה הגיע בית הדין להגבלים עסקיים, בהרכב נפרד, בפרשת הפדרציה, וכך סיכם בית הדין את מסקנתו:

8. כפי שכבר קבע בית הדין בפרשת הפדרציה, מעלותיו של ההסדר גוברות על חסרונותיו. מעלתו הבולטת של הסדר מן הסוג האמור, כפי שציטטה לאחרונה כבי השופטת ת' בזק-רפפורט, היא "בחיותו הדרך האפקטיבית היחידה למימושן החוקי של זכויות יוצרים ברשומות קול, זכויות אשר הדין מכיר בהן ומעודדו" (ה"כ 705/07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, שס, בפסקה 12), או כדבריה של כבי השופטת ד' דורנר ברע"א 6142/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל (להלן: עניין אקו"ם): "ארגונים כאלה, שיוצרים חוזרים בחם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס החבנה, כי בפועל, ללא קיומם, יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת. עד כדי חיתוך מוטלת בספק...".

הוא הדין בעניין שבפנינו.

סיכום ביניים: במפגש הקונקרטי בין אינטרס התחרות מזה לבין אינטרס הגנת היצירה וזכויות היוצרים מזה, בהקשר הספציפי של הסדר משותף לניהול זכויות, הגיע בית הדין להגבלים עסקיים זה מכבר, להכרה כי הסדר ניהול הזכויות במתכונת תלי – הינה הדרך האפקטיבית העיקרית (למעשה היחידה) למימוש החוקי-מעשי של זכות היוצרים לתמלוגים. **מסקנה זו מחייבת אישור ההסדר.**

נראה אפוא להלן כי בהסדר ניהול הזכויות, קיימות תועלות רבות, העולות לאין שיעור על הפגיעה בתחרות, פגיעה שהיא תיאורטית והיפותטית בלבד. עוד נראה כי תועלות אלה דומות לתועלות עליהן עמד בית הדין בהסדרי ניהול משותף של זכויות יוצרים בעבר, בפרשיות הפדרציה, הפי"ל ואקו"ם.

ט. התועלות מהסדר ניהול הזכויות:

נקודת המוצא בבחינת התועלות היא בעמדתו משכבר של הממונה על הגבלים העסקיים, אשר קיבלה ביטוי עצמאי בפסקי הדין של בית דין נכבד זה בפרשיות הפדרציה לתקליטים, הפי"ל ואקו"ם לפיה להסדר ניהול הזכויות תועלת מוכחת כבר משום שהוא מבטיח את אכיפתן וקיומן של זכויות היוצרים. הדברים צוטטו כבר לעיל ויובאו גם בהמשך, כדי לייתר דיון סרק במושכלות יסוד שכבר הוכחו ונדונו לפני בית דין נכבד זה.

התועלות מהסדר ניהול הזכויות מתקיימות הן עבור התסריטאים והבמאים והן עבור המשתמשים. המדובר בתועלות בדוקות ומוכחות ועיקרן באלה:

✍ מתן ממשות ואפקטיביות לזכויות לתמלוגים של חברי תלי, תסריטאים ובמאים;

✍ חסכון מהותי ב"עלויות העסקה" עבור יוצרים ומשתמשים כאחד;

⁴⁵ ה"כ 513-04 אקו"ם – אגודת קומפוזיטורים ומלחינים בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח', ניתן ביום 2.6.2011

מתן גמישות מירבית למשתמשים בגישה עתידית לכמות מקסימאלית של יצירות, תוך הסרת החשש מהפרת זכויות יוצרים ;

חסכון מהותי בעלויות המעקב, התיעוד וריכוז המידע עבור התסריטאים והבמאים ;

הוזלת עלויות התפעול של חלוקת התמלוגים מבחינת המשתמשים והתסריטאים והבמאים ;

חסכון בעלויות האכיפה עבור התסריטאים והבמאים.

כפי שנראה להלן, **תועלות אלה הן כה מהותיות, יסודיות והכרחיות, עד שלא ניתן כלל לחשוב על עולם של אכיפת זכויות היוצרים בלא הסדר ניהול זכויות**: פשיטא, כי אין התסריטאי והבמאי הבודד מסוגל להקים מערך של כינון עסקאות מול כלל המשתמשים בשוק, מרכז תיעוד ומעקב אחר השימושים, אכיפה מול כלל המשתמשים, לרבות: טלוויזיה, כבלים, לוויין, חברות סלולר, אתרי אינטרנט, חברות תעופה, חברות הסעה, מכוני כושר וכיוצ"ב, שגבייה מכל אחד מהם מגיע לו. ואין מנגנון ישים בו יוצר בודד או קבוצת יוצרים שאינה מהווה את כלל ציבור היוצרים מסוגה, היכולה ליצור מנגנון אפקטיבי דומה, כזה שיהווה שיווי משקל בשוק. **חיוב התסריטאי והבמאי הבודד לעסוק בכל אלה אינו מאפשר לו לעסוק בעיקר – היצירה. העלות של עיסוק בכל אלה היא, מבחינתו, פרוהיביטיבית; משמע, מאיינת דה פקטו את זכותו לקבלת תמלוגים.**

גם עבור המשתמשים ניהול זכויות קולקטיבי מביא לחיסכון עצום, שכן מו"מ מול כל יוצר לא רק שגורם למשתמש עיסוק תמידי, הוא גם אינו מאפשר לו את מבוקשו העיקרי: ניהול מו"מ אחד ולא אינספור משאים ומתנים מידי יום ביומו, קבלת רשיון שמיכה לעשות שימוש בכל היצירות בכל רגע נתון באופן המאפשר לו חופש תכנון מירבי (Programming) של לוח המשדרים שלו, בד בבד עם "ביטוח" מלא ומקיף מפני כל הפרת זכות יוצרים.

תועלות אלה זהות בעיקרן לתועלות בהן הכיר בית דין נכבד זה בפרשת **הפדרציה לתקליטים** ובפרשת **אקו"ם** – נזכיר את הדברים כפי שמצאו ביטוי בפסקי הדין הפדרציה לתקליטים :

"נקודת המוצא שביסוד עמדתו של הממונה היא שההסדרים נשוא הבקשות הגם הסדרים כובלים. עם זאת, הממונה מסכים, כי התאגדות של בעלי זכויות יוצרים למתן רישיונות שמיכה הנה, בעקרון, לטובת הציבור, משום שיש בכך כדי להגביר את התפוקה, להעמיק את ההגנה על זכויות היוצרים ולחסוך בעלויות עסקה ועלויות אכיפה." [פרשת הפדרציה הנזכרת, סעיף 10 לפסק הדין]

כך שם – כך גם פה : לא ניתן ליצור ולשווק רשיון שמיכה גורף המאפשר לכל השחקנים חיסכון מירבי, בלא לאפשר כינונו של הסדר ניהול משותף של זכויות. לא בכדי הוגדר רשיון השמיכה כ"מוצר נפרד" שלא ניתן לייצרו בלא שיתוף פעולה של כל היוצרים. עמד על כך בית דין נכבד זה, באומרו : "רישיון השמיכה הנו מוצר שלא ניתן לייצרו ולשווקו ללא שיתוף פעולה בין כל הצדדים למיזם המשותף" [פרשת הפדרציה, סעיף 23 לפסק הדין].

בענייננו, נבדק קיומן של תועלות אלה גם ברמה האמפירית מכמה זוויות, על ידי כמה מומחים: ד"ר שמחה סדן, אשר עסק בנושא לפרטיו ומכיר היכרות עמוקה את נושא ניהול זכויות היוצרים בהיותו המומחה אשר עסק בנושא בפרשת אקו"ם (בה ניתן אישור בית הדין להסדר ניהול זכויות). ד"ר סדן אמד את העלויות ליוצר ולמשתמש בשני "מצבי עולם": האחד, ללא הסדר ניהול הזכויות והשני, עם הסדר ניהול הזכויות, ובחן בקפידה את קיומן של תועלות בכל מקטע ומקטע ליוצרים ולמשתמשים.

גב' מרב בארי – אשר בחנה את אופי היצירה האור-קולית, הא-סימטרית בין היוצר והפלטפורמה, במיוחד לאור מיעוט הפלטפורמות (גב' בארי היא זו שחיוותה דעתה והעידה עליה ממושכות בבוררות שהתקיימה בין לבין HOT בפני כב' נשיא בית המשפט העליון (בדימוס), השופט מאיר שמגר);

מר אבי שמש, המכיר מזה שנים רבות את שוק היצירה האור-קולית לעומקו, ובחן אפשרויות שונות שעלו על ידי רשות ההגבלים למודלים חלופיים.

חוות הדעת המלאות מהוות כאמור חלק בלתי נפרד מבקשה זו ומצורפות לה. נעמוד אפוא פה, בקצרה, רק על עיקרי הממצאים:

I. תועלות ליוצרים:

מכלול התועלות נבחן בכמה היבטים: (1) **ניהול פרטני** של זכויות היוצרים על ידי הבמאית/סריטאי (או נציגו), לעומת התועלת המופקת לתסריטאי/במאי הבודד במסגרת הסדר ניהול הזכויות המשותף בתלי; (2) ניהול זכויות היוצרים האורקוליים באמצעות העברתן **לכמה גופים** שיפעלו במקביל (כל גוף והזכויות שהועברו לו) - מול הסדר ניהול הזכויות במסגרת תלי.

הבדיקה נעשתה במישור הכמותי והאיכותי. תוצאותיה מראות, באופן ברור, כי:

■ במסגרת של ניהול פרטני של זכויות היוצרים המיוצגות (או זכויות תלי כהגדרתן לעיל), לא יתאפשר מתן רשיון שמיכה (המכונה גם רשיון גורף Blanket License) לרפרטואר היצירות האורקוליות שזכויותיו מנוהלות כיום בתלי (והמונה כ- 60,000 יצירות!); זאת כיוון שכל יוצר הינו בעל זכויות תלי הנוגעות ליצירותיו בלבד.

■ ניהול פרטני של זכויות יוצרים **מעמיס על כל הצדדים עלויות רבות נוספות**: המשתמש יידרש לנהל ברמה היומיומית משאים ומתנים פרטניים עם אותם תסריטאים ובמאים שעבור יצירותיהם יבקש רשיון שימוש, והתסריטאי והבמאי הבודד יידרש לנהל ברמה היומיומית משא ומתן עם כל אחד מהמשתמשים שלהם הוא יבקש להעניק רשיון שימוש ביצירותיו. בעולם מרובה משתמשים המדובר בנטל כבד מאד.

■ עבור היוצר האורקולי העמסת העלויות אינה מסתכמת רק במשאים ומתנים מרובים: הוא יידרש גם לעלויות ניהול, מעקב, טיוב ובקרה של מאגר המידע לגבי השימושים ביצירותיו, איתור כל משתמש אפשרי והפרות שאירעו, והחזקת מערך אכיפה וגבייה.

העמסת עלויות זו, ברמת היוצר – הופכת את הגנת זכות היוצרים שלו לבלתי אפשרית, ברמה המעשית.

■ במסגרת בדיקת ההיתכנות לניהול הזכויות באופן פרטני, נאמדו העלות לכינון עסקה והעלות לתחזוקת עסקה, בהסתמך על נתוני תלי. **נמצא כי עלות משא ומתן פרטני היא עצומה, ויכולת מימוש הגביה אינה כדאית או אינה קיימת.**

■ בעבור רשיון גורף (Blanket License) של זכויות תלי, המוענק על ידי תלי, עלות כינון עסקה ועלות תחזוקת עסקה לחבר תלי היו זעומות וקטנות באופן דרמטי (עשרות מונים) - אל מול אותן עלויות במקרה של הענקת רשיון פרטני,⁴⁶ וזאת עוד, בהנחה שהעסקה לא תהיה מורכבת מידי, כאמור, שאז העלויות תהיינה גבוהות עוד יותר. למשל, עלות כינון העסקה ותחזוקתה יהיו גבוהות יותר במקרים של התקשרות שבה תשלום התמלוגים יקבע בהתאם להכנסות המשתמש (למשל אחוז מסוים), מכיוון שבמקרה זה יידרש התסריטאי והבמאי הבודד לקבל ולעבד דיווחים מהמשתמשים על השימושים בפועל ולחשב ולגבות את התמלוגים בהתאם. כל זאת, אם התסריטאי והבמאי הבודד יוכל לקבל כלל דיווחים כאלה – דבר בלתי ריאלי בפני עצמו.

■ **במסגרת ניהול פרטני התסריטאי והבמאי הבודד הוא שיידרש לשאת גם בעלות האכיפה של זכותו לתמלוגים.** ביצוע האכיפה יהיה כרוך במעקב אחרי ביצוע הולם מצד המשתמשים של תנאי ההסכמים או במעקב אחרי השימושים לצורך איתור שימושים לא מאושרים ביצירות. עלות האכיפה במסגרת תלי נמוכה באופן מהותי מזו שתיוחס ליוצר הבודד, עקב היתרונות לגודל, הן מבחינת תעריפי שכר טרחה שתלי משלמת והן מבחינת צמצום מספר הליכים על ידי ניהול הליכים מרוכז ויעיל מול גורמים מייצגים בענף ועל ידי תביעות מאוחדות בגין מספר הפרות.

■ מעבר לכך, התמלוגים אינם מתפלגים באופן שווה בין היוצרים. כך, כ-74.81% מסך התמלוגים שהתקבלו, במהלך תקופת המדגם שנבחנה, מתחלק לכ-19.49% מכלל חברי תלי. תופעה זו מוכרת בשווקים של בעלי זכויות ביצירות. שאר 80.51% מהתסריטאים והבמאים אשר חברים בתלי מקבלים רק כ-25.19% מסך התמלוגים. לפיכך, אם עלות המעקב תתחלק באופן שווה בין היוצרים, על ידי גוף מרכזי, אותם 80.51% מהיוצרים יישאו בנטל כבד יחסית לתמלוגים שהם צפויים לקבל, והשתתפותם בתפעול מערכת המעקב תהיה בלתי כלכלית בעליל.

■ זאת ועוד, אם כל תסריטאי ובמאי בודד יידרש לבצע בעצמו מעקב אחרי השימושים ביצירותיו לצורך זיהוי הפרות, הוא יידרש להשקיע, משאבים רבים יותר לזיהוי הפרות מאשר תלי (או כל גוף מרכזי אחר). פערים אלה בין עלויות הפיקוח, מעקב ואכיפה במסגרת ניהול משותף לבין העלויות הגבוהות בהרבה במסגרת ניהול פרטני עלולים להביא לתת-אכיפה של זכויות יוצרים לגבי חלק גדול מחברי תלי. קרוב לוודאי שעלויות

⁴⁶ העלויות נאמדו בכ-120.75 ש"ח וב-34.94 ש"ח לכינון ותחזוקת עסקה בודדת במסגרת תלי, אף זאת בגישה מחמירה, בעוד שבעבור רשיון פרטני, בעבור יצירה בודדת או אגד מצומם של יצירות, העלות השנתית הממוצעת לכינון העסקה והעלות השנתית הממוצעת לתחזוקת העסקה נאמדו, לכל הפחות, בכ-2,250 ש"ח ובכ-651 ש"ח, לעסקה בודדת.

האכיפה, יפחיתו את כדאיות ההיתכנות של הניהול הפרטני של זכויות היוצרים, שכן הן תתווספנה לעלויות ניהול הזכויות הפרטני כפי שפורט לעיל. לא פלא שהתצפית הטבעית מלמדת כי דבר זה לא קרה מעולם וברור כי לא יקרה בעתיד – משמעות ההתעקשות על ניהול זכויות ברמה הפרטנית של התסריטאי והבמאי הינה זניחתה לאנחות של זכות היוצר והפקרתה לכל משתמש מזדמן.

אי אישורו של הסדר ניהול הזכויות יביא, לא רק להאמרה דרמטית בכמות המשאים ומתנים שיידרשו, ובעלויות העיסקה הרבות הנלוות לכל משא ומתן פרטני שכזה. בנוסף, תידרש הנפקה של מספר רב של רשיונות, בתנאים דיפרנציאליים. זאת מאחר ורשיון של תסריטאי ובמאי בודד יכול, באופן הכרחי, אך ורק את חלקו ביצירה הבודדת (בה עשויים להיות שותפים מספר תסריטאים ובמאים), או באגד יצירות שבהן הוא שותף, אך לא יותר מכך. זאת בשעה שהמשתמש החפץ בכיבוד זכויות היוצרים, צריך את המכלול. זהו בדיוק המוצר שמעמידה לרשותו תלי.

משמעות מרכזית המחייבת אישור הסדר ניהול הזכויות במשותף היא, אם כן, בכך שהמוצר המכונה "רשיון שמירה" לא יוכל להיווצר כלל, על המשמעויות הנגזרות מכך בלא הסדר ניהול זכויות משותף. דהיינו לא מדובר רק בהכבדת עלויות עסקה – דבר אשר כלשעצמו מצדיק את אישור ההסדר, אלא גם בשלילת קיומו של מוצר חשוב וחיוני להתנהלות שוק היצירה, שיצירתו אינה אפשרית אלא כפועל יוצא של הסדר ניהול הזכויות.

עמד על כך בית דין נכבד זה בפרשת הפדריציה :

"רישיון השמירה מקנה למשתמש זכויות השמעה רחבות בהרבה מאלה הנמצאות בידי כל אחת מחברות התקליטים בנפרד, ואלה מאפשרות לו לעשות שימוש בכלל הרפרטואר המוזיקלי המצוי בידי התאגיד לניהול הזכויות ואינן מוגבלות ליצירות מסוימות או לרפרטואר מצומצם יחסית שהזכויות לגביו נמצאות בידי חברה זו או אחרת. עמד על כך בית המשפט העליון של ארה"ב בפסק הדין בפרשת BMI :

"ASCAP does set the price for its blanket license, but that license is quite different from anything any individual owner could issue ."

...

"Here, the whole is truly greater than the sum of it's parts; it is, to some extent, a different product ."

ומסכם בית הדין :

..רישיון השמירה הנו מוצר שלא ניתן לייצרו ולשווקו ללא שיתוף פעולה בין כל הצדדים למיזם המשותף (סעיף 23 לפסק הדין).

בדברים אלה משתקפת היטב התועלת שבהסדר ניהול הזכויות שאישורו מתבקש בזה : ראשית, ההסדר חיוני ליצירת מוצר שקיומו לא אפשרי בלעדי ההסדר : רישיון השמירה. שנית, רישיון זה,

כמקשה אחת המגלמת את זכויות כל היוצרים חברי תלי – מאפשר בנשימה אחת הגשמתן של כמה מטרות חיוניות: בהיותו מגלם את החיסכון המירבי בעלויות העיסקה – הוא מאפשר הגברת היעילות בסחר בזכויות היוצרים; הגנה מיטבית על זכויות היוצרים ומניעת הפרתן של זכויות חשובות אלה, ולמשתמשים – גמישות מלאה בתכנון ועריכת לוח השידורים שלהם, בידיעה כי כל יצירה שבשידורה יחפצו "מכוסה" מראש ברישיון השמיכה. זהו, למעשה, סוג של ביטוח מפני הפרת זכויות יוצרים.

מאידך, לולא ההסדר, מבחינת התסריטאי והבמאי הבודד, התוצאה של ניהול פרטני היא שבכל אחד מהתחומים בהם יש פוטנציאל לעשיית שימוש ביצירותיו, הדבר **גוזר על היוצר לעסוק בעצמו במכלול השירותים בהם מתמחה תלי (כהגדרתם לעיל) שאלו פעולות שבהן אין לו ידע, מיומנות ויכולת כלכלית** לשכור את שירותיהם של מומחים לעניין (כגון: עורכי דין ורואי חשבון). הדבר ראוי להדגשה: אף יוצר אינו יכול להגן על זכויות היוצרים שלו ללא: איתור כלל השימושים והמשתמשים, הגעה להסכם עימם, מעקב, איסוף, תיעוד וטיוב הדיווחים המתקבלים, אכיפה וגביה. יתר על כן, גם פעולות אלה אינן עומדות ב"חלל ריק": ללא התמחות, ידע והבנה במבנה השוק הרלבנטי, התחרות והדינמיקה בו – לא ניתן לנהל מו"מ באופן מושכל ולשמר ולממש זכויות יוצרים באופן אפקטיבי.

בעיה זו, של הצורך בהשקעת משאבים ויצירת התמחות לשם הגנה על זכויות יוצרים – הופכת להיות בלתי פתירה עוד יותר בעולם בו היצירה מתגלגלת בין פלטפורמות שונות, והמעקב אחרי השימושים בה לאורך זמן הופך להיות משימה בלתי אפשרית, אלא אם הדבר נעשה במסגרת קולקטיבית. על פי נתונים שבידי תלי המפורטים, בין היתר, בתצהירו של מר אבי שמש (נספח "א1" לבקשה), השימוש ברפרטואר רחב של יצירות אור קוליות שהזמנת הכנתן נעשתה על ידי צד ג' (ולא על ידי המשתמש עצמו), הולך וגדל, וקיים מעבר משמעותי של היצירה בין משדרי טלוויזיה שונים, וכן לפלטפורמות שידור נוספות כגון האינטרנט והסלולר, שלא לדבר על השמעה פומבית במתקנים ציבוריים, פאבים, מכוני כושר וכד'.

עובדה זו מהווה בעיה הן ליוצר המבקש לעקוב אחרי שימושו, והן של המשתמש הנדרש לאתר מאות יוצרים, והופכת כל מודל לניהול זכויות שאינו מאגד את כלל התסריטאים והבמאים למודל בלתי אפשרי העלול לסכל יזמות וגמישות לשימוש יעיל ונרחב (שזוהי המטרה האחת והיחידה המשותפת לכל הגורמים הקשורים ליצירה) **ביצירה האורקולית הישראלית (ובמילים אחרות, בכל היצירות הטלוויזיוניות והקולנועיות).**

מאחר ולמבנה עלויות המעקב והתיעוד, כמו גם הגבייה והאכיפה תכונה בולטת של יתרונות לגודל, ברור כי גם במסגרת של ניהול פרטני יצטרך לקום גוף מרכזי העוסק בכך. תאגידי השידור והמשתמשים לא ידווחו לכל בר בי רב על השידורים ושימושים אחרים שקיימו, ולכן תתנקז מלאכה זאת בסופו של יום לגורם מרכזי, שיעסוק בכך מול היוצרים ותמורת ניסיונו לספק להם ולו חלק מהמטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל) יגבה מהם רנטה – עלות עודפת בעד פעולתו. זאת בהשוואה למצב שבו תלי עושה כן כגורם מרכזי אובייקטיבי עבור חבריה, בלא כל ריווח. והעיקר – גם גוף כזה לא ייתר עדיין את אלפי המשאים ומתנים שיידרשו ועלויות העיסקה

האדירות הנלוות להם (וזאת אם בכלל יתקיימו משאים ומתנים כאלה לאור חולשת היוצרים – תרחיש שסופו איון זכות היוצרים לתמלוגים וריקונה מתוכן).

בהעדר ניהול קולקטיבי יתקיים צמצום נוסף בהיצע היצירה ואיבוד יעילות נוסף, הנובע מנטרול השימוש ביצירות לגביהן קיים ייצוג שונה לתסריטאים ולבמאים (גם בינם לבין עצמם וגם בין הסוגים השונים של היוצרים) וכן במקרה בו קיימת מחלוקת בין תסריטאים ו/או במאים. במקרה כזה יידרש המשתמש להתקשר עם כלל הגופים המייצגים את אותם היוצרים, או שתישלל ממנו האפשרות לשימוש ביצירה, ובכך יקטן ההיצע בשוק וזהו מתכון בטוח למצב דברים כאוטי, עתיר עלויות ומסורבל בזמן, במשאבים ובהתנהלות.

סיכום ביניים:

■ סגירת דלת ניהול משותף של זכויות יוצרים מעמידה את היוצר במציאות בלתי נסבלת:

ללא תלי, ברור לכל כי למעט התשלום החד-פעמי שישולם כשכר בסיסי עבור העבודה המוזמנת, לא יקבל התסריטאי והבמאי כל תמורה נוספת (קרי, תמלוגים) בגין כל השימושים העתידיים (קרי, ביצוע פומבי, שידור, השכרה והעמדה לרשות הציבור) שיעשו ביצירה האורקולית שלה הוא כתב את התסריט ו/או ביים אותה, זאת על אף שאותו מפיק/מזמין, דוגמת גופי השידור יפיק תועלת כלכלית נוספת מכל שימוש ושימוש ביצירה האורקולית, שהרי אלמלא כן, לא היו עושים שימוש ביצירה זאת.

■ בכך נוצר נזק כפול: לא זו בלבד שהתסריטאי והבמאי "זוכה" באפס תמלוגים עבור

יצירתו, אלא שהמשתמש מפיק פירות כלכליים מהשימושים ביצירה האורקולית, אך אינו משתף, בבחינת "עושה עושר ולא במשפט". מצב דברים זה יוצר עיוות כלכלי של חלוקת מקורות בלתי מיטבית, פוגע בסיכויי קיומה של יצירה טלוויזיונית וקולנועית מקורית וגוזר על התסריטאי והבמאי גזירה שהדעת אינה סובלת והמנוגדת למושכלות היסוד של דיני ההגבלים העסקיים.

■ נדגיש את מה שהוא בתחום זה מושכלת יסוד: אפקטיביות ההגנה על זכויות היוצרים

תלויה במידה ישירה בעוצמת יכולת אכיפת הזכויות במקרי הפרה. ככל שמנגנוני האכיפה חלשים יותר, כך נכוונות המשתמשים לכבד את זכויות היוצרים, לקיים את תנאי רשיונות השימוש, ובכלל להגיע הסכמה מלכתחילה עם התסריטאי והבמאי הבודד בנוגע לתנאי השימוש תהיה נמוכה יותר. על חיוניות הסדר ניהול הזכויות לאכיפת זכויות היוצרים עמד בית הדין להגבלים עסקיים, באומרו:

"היתרונות הבולטים של תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, דוגמת אקו"ם, הם בכך שהוא משמש כלי חירוי לאכיפת זכויות יוצרים, מוזיל את עלויות השימוש בזכויות יוצרים ומקל על השימוש באותן זכויות... מבחינת בעלי הזכויות, הרי שהרשיונות הגורפים מאפשרים ניהול, גביית תמלוגים ואכיפה יעילים, במיוחד לנוכח הקלות הרבה בה ניתן להפר את זכויותיהם. לולא מנגנון הניהול הקולקטיבי, כל בעל

■ המכלול המתקבל הוא אפוא פשוט, ברור וחד: אי אישורו של הסדר ניהול הזכויות יביא להחלשה דרמטית של יכולת האכיפה של התסריטאי והבמאי הבודד – דבר שיחליש את יכולתו לכוון עסקאות ולממשן, מה שבסופו של יום מביא להחלשת זכות היוצר עד כדי ריקונה מתוכן: התסריטאים והבמאים לא יוכלו לעסוק במימושן וזכויות אלה יתנווננו, בדיוק כפי שהיה נחלתם של ציבור הבמאים לגבי כל יצירותיו ושל התסריטאים של סרטי הקולנוע עד לכינונה והקמתה של תלי. **התצפית הטבעית ונסיון העבר מלמדים באופן ברור וחד משמעי: ללא הסדר ניהול זכויות משותף – אין קיימות וממשות כלכלית לזכויות היוצרים האורקוליים.**

■ ודוק, חלק מתאגידי השידור מודעים לכך שברמה הפרטנית ייבצר מהיוצרים לנהל את זכויותיהם וכי העברת ניהול הזכויות למישור הפרטני משמעה המעשי הוא אי תשלום ליוצרים. עמד על כך נשיא בית המשפט המחוזי בתל אביב (בדימוס), ד"ר אליהו וינוגרד באומרו, במסגרת הבוררות שבין HOT לאקו"ם:

"היוצר הבודד כשהוא יעמוד לבדו בהתדיינות על גובה התמלוגים שמגיעים לו מול הגופים הגדולים הרוצים לעשות שימוש ביצירתו- תהיה תמיד ידו על התחתונה. כדי למנוע זאת נוצרו איגודי הזכויות של יוצרים רבים, שמטרתם ליישם ביחד את זכות היוצרים, ולקבל תמורה הולמת לשימוש ביצירותיהם."

התמונה הברורה המתקבלת מבדיקתו לעומק של הסדר ניהול הזכויות היא כי מסגרת ניהול הזכויות המשותף, בגלל היתרון לגודל, תורמת הן ביעול וחסכון בעלויות העסקה של כל משתמש ביצירה, הן ביעול וחסכון באיתור ותיעוד השימושים ביצירה, הן ביעול וחסכון באכיפת ההגנה החוקית על זכויות היוצרים והן בכך שחלק גדול מהתסריטאים והבמאים שהכנסותיהם מתמלוגים במשותף מהווה שיעור נמוך מסה"כ ההכנסות מתמלוגים של היוצרים זוכים לאכיפת זכויותיהם; וזאת, לעומת חוסר היכולת או הכדאיות לתסריטאי והבמאי הבודד באכיפת זכויותיו במסגרת של ניהול פרטנית. בנוסף, נמצא כי בממוצע, ההכנסה של התסריטאי והבמאי הבודד לשנה לעסקה אינה מכסה את העלויות המצוינות לעיל, ותשאיר אותם בגרעון. על כן, נראה כי לתסריטאי והבמאי הבודד ניהול פרטני של זכויות היוצרים אינו כדאי מבחינה כלכלית שלא לדבר על משאבי הזמן שהדבר יצריך ואשר יבואו על חשבון הזמן המיועד ליצירת יצירות חדשות.

II. חלופת ניהול זכויות היוצרים על ידי המפיק בעייתית ואינה ישימה

⁴⁷ בש"א (י-ם) 48/04 אקו"ם בע"מ- אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פורסם ביום 28.12.2004, סעיף 5 לפסק הדין.

לבקשת רשות ההגבלים העסקיים, מחודש ינואר 2010, בחן המומחה (ד"ר סדן) בחוות דעתו, גם חלופה בה המפיק של כל יצירה משמש כמנהל הזכויות לתמלוגים של התסריטאי והבמאי ולמעשה כמי שימצא עצמו (חזון אחרית הימים) מבצע עבור התסריטאי והבמאי את המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל).

חלופה זו נבחנה בכמה וכמה היבטים, ואנו נעמוד כאן על כולם, בתמצית. אולם, ראוי להקדים ולומר זאת: עובדה פשוטה ונכוחה היא כי בכל השנים בהן פעלו חברי תלי התסריטאים והבמאים - לא קמו הסדרי ניהול זכויות מוסדיים, עקביים ואפקטיביים הפועלים אצל המפיקים. מן הפן המוסדי חשוב לומר כי העובדה שהשוק לא יצר הסדרים כאלה מגלה לנו רבות על האפשר ומה שניתן לצפות באופן אחראי מן המפיקים, שראשם אינו נתון (ובצדק רב מבחינתם) בניהול זכויות היוצרים ובהקמת מנגנוני מידע, תיעוד ובקרה, אכיפה וגבייה - אלא בקיומם והישרדותם מול פלטפורמות השידור המעטות והריכוזיות שפועלות בשוק בעוצמה רבה. שני התצהירים של מפיקים בעלי מעמד ושם בתחום, נספחים "א-8" לבקשה זו, מלמדים על כך מכלי ראשון.

נמנה בתמצית את הסיבות העיקריות לאי היתכנותה של חלופה זו:

- המפיק הוא נטול כל הון עצמי והוא מחזר אחרי הפלטפורמות שמהן באה כל פרנסתו, ולכן הוא נתון מלכתחילה בצבת של ניגוד עניינים המונעת ממנו לייצג באופן אופטימלי את טובת היוצר מול המשדר;
- קיים ניגוד עניינים מובנה בין המפיק ליוצר גם מסיבות אחרות: המפיק לעיתים שותף ביצירה ולכן פועל באינטרס מנוגד לזה של היוצר - כל הקצאת תמלוגים ליוצר גורעת מן המפיק באופן ישיר, ועל כן הוא לא הסוכן היעיל לייצוג טובת התסריטאי והבמאי;
- בישראל קיימים מאות מפיקים (ויש להדגיש את הניידות והארעיות המוגברים ברשימת המפיקים הפעילים), גם אם נניח כי פעילות של ניהול הסדר זכויות תתרכז אצל חלקם (למרות שכאמור אין להם כל אינטרס או עניין בכך), עדיין אנחנו מדברים למעשה בהקמת עשרות "חברות תמלוגים קטנות" - שכל אחת מהן, מעבר לעיסוקה העיקרי כמפיקה מול תאגידי השידור, תצטרך לנהל ולקיים, עבור התסריטאי והבמאי הבודד עמו עבדו לעיתים פעם אחת ועל יצירה אחת בלבד בימי חייהם, את המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל), לרבות משא ומתן מול כל המשתמשים האפשריים: תאגידי שידור, אתרי אינטרנט, חברות סלולר, חברות תעופה, רשויות מקומיות ואלפי משתמשים בינוניים וקטנים. לא רק שהדבר הוא בבחינת בלתי אפשרי גם עבור מפיק משמעותי, אלא שהוא אף יוצר התמרה דרמטית של עלויות העיסוקה, מחייב הידרשות למרכז מעקב ותיעוד אשר יגבה רנטה נוספת - ובסופו של דבר, יוצר עלויות עודפות ויוצר אכיפה בלתי יעילה של זכויות התסריטאים והבמאים לתמלוגים - שהיא מטרת ההסדר.
- המפיקים נמצאים בעמדת חולשה ותלות מובהקת מול הפלטפורמות.
- מודל התמחור אינו מאפשר למפיק ליצור בסיס תמלוגים - כיום רוב המפיקים מעניקים לתאגידי השידור, על פי דרישת האחרונים, מספר שימושים בלי מוגבל ביצירה, ובכל

מקרה מודל התמחור של המפיק הוא בעייתי ביותר, לא אובייקטיבי, בלתי שקוף ואינו מאפשר לתסריטאי והבמאי הבודד אכיפה עצמאית. המפיק אמון על ההפקה, יש לו תקציב מוגדר וסגור ואותו הוא מחלק לבעלי התפקידים השונים בסרט. התקציב מוגבל לעלות ההפקה ואינו מתייחס לזכויות. תשלום השכר הינו חלק מתהליך ההפקה הוא נגבה ומשולם back to back בתקופה קצרה, במהלך מערכת היחסים הטבעית בין התסריטאי והבמאי למפיק, שמסתיימת עם סיום ההפקה. ניהול מו"מ על הזכויות לתמלוגים שלא לדבר על מכלול המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל), עבור התסריטאי והבמאי עמו פעל המפיק, הינו פעילות אחרת לגמרי, שאינה נמנית על פעילותו המרכזית של המפיק ובודאי איננה בתאימות לאינטרסים הכלכליים שלו.

■ "משך החיים" הממוצע של חברות ההפקה הוא קצר והן מתחסלות, מתרוקנות, חדלות מלפעול או מתפרקות חדשות לבקרים; בנוסף, הסכמי הפקה משורשרים, מועברים או מומחים לצדדים שלישיים בלתי ידועים באופן שלא מאפשר עקיבה (לא מבחינה משפטית ולא מבחינה פרקטית) וכיו"ב.

■ מעבר לכך, מהנתונים עולה כי היתרונות לגודל כה משמעותיים שגם בקיום מספר גופים עסקיים, בין אם מדובר במפיקים ובין אם מדובר באחרים, שיאגדו זכויות יוצרים (דבר שאינו ישים, ופוגע בהיצע כפי שהראינו לעיל) תפגע היעילות בפעילותם משמעותית, ויוצרים יתכנסו תמיד לגוף העסקי המשמעותי יותר היכול למצות את היתרונות לגודל בצורה המיטבית.

■ מודל זה מקנה למפיק כוח מול שוק שבוי של יוצרים – בבסיס חלופת המפיק קיימת הנחה כי היוצר לא יוכל להחריג זכויותיו מהמפיק. דבר המקנה למפיק כוח מולו, דבר שאינו קיים בתלי המאפשרת כאמור החרגת זכויות, מלאה או חלקית, בכל עת.

■ מתן אפשרות להחרגת זכויות מהמפיק יביא למעבר של התסריטאים והבמאים למפיק גדול יותר, שיכול למצות יתרונות לגודל, להוזיל עלויות, ולהשיא את תמלוגיהם. מעבר כזה יביא למודל בו שוב ניתן הקשר בין עסקת היסוד לבין עסקת התמלוגים, ויחזיר אותנו לצורך במשאים ומתנים רבים.

■ מעבר לכך, כבר עמדנו על כך והסברנו כי בשל תהליכי היסוד בשוק - **נדידת התכנים והתגברות המובהקות של מדפיות היצירה** בעולם מרובה המסכים עסקת היסוד אינה רלוונטית לגביית התמלוגים ממשתמשים עתידיים ביצירה. כך למשל, מבדיקה שנעשתה על בסיס נתוני תלי עולה כי בגופי השידור הטלוויזיוני, נכון לשנים האחרונות, קיים שימוש רב ביצירות האורקוליות הנמנות על רפרטואר תלי, אשר לא הופקו או שודרו לראשונה אצל אותו המסדר. בטלוויזיה רב ערוצית מדובר על סדרי גודל שמעל ל- 50% מהיצירות. בדיקה דומה ב-VOD מעלה כי כמעט כל החומר המופק בכל גופי השידור מוצא את דרכו במהרה לפלטפורמה זו. בדיקה דומה אצל משתמשים במדיות אחרות (סלולר, אינטרנט, ביצוע פומבי) מעלה כי כלל החומר המשודר לא הופק או שודר לראשונה אצל אותו המשתמש. למותר לציין, שברור מאליו שבמקרה של משתמשים

קטנים; כגון: גופים ציבוריים, אתרי אינטרנט וחברות סלולר, היצירות האורקוליות הטלוויזיוניות והקולנועיות, בהן הם עושים שימוש כלל לא הופקו או הוזמנו על ידיהם.

■ בנוסף, גופים כגון: חברות סלולר, אתרי אינטרנט וגופים עסקיים אשר מעבירים ערוץ טלוויזיה קיים, פעמים רבות בשידור ישיר, נדרשים ל"רישיון שמירה" לצורך כיסוי היצירות האורקוליות כולן, על מנת לוודא שלא בצעו הפרת חוק זכויות יוצרים. מוצר זה לא יהיה קיים בעולם בו זכויות היוצרים מיוצגות על ידי מפקים.

נמצא, כי קיים ניגוד עניינים מובנה וטבוע בין היוצר לבין המפיק. זאת, מחמת מעמדו של המפיק במארג הקשרים שבין התסריטאי והבמאי והמשתמש: המפיק, שבחלק מהמקרים מחזיק גם בפלטפורמת השידור וכך הוא משולב במשתמש, אינו במצב בו הוא יכול לראות את טובתו הבלעדית של התסריטאי והבמאי מול עיניו והוא, בדרך כלל, ישרת, לפחות חלקית, את האינטרסים של עצמו כמשתמש, או למצער של מעסיקו, המשתמש. לכן, הוא יתקשה בייצוג האינטרסים הבלעדיים של התסריטאי והבמאי ובניהול זכויותיו אל מול המשתמש.

גם במקרים אחרים, סביר להניח שקיימת תלות בין המפיק והמשתמש שמהווה (לעיתים מזומנות בפועל ותמיד בפוטנציה) - לקוח רב פעמי של המפיק. המפיק תלוי במשתמש, במיוחד אם הוא נחשב בעל עוצמה בשוק, ובקהיליית המשתמשים כולה.

מכאן, שהחלופה הנטענת, לפיה המפיק ינהל את זכויות התסריטאים והבמאים מול המשתמשים ביצירה הספציפית, לא רק שאיננה ריאלית בשל אי-הכדאיות הכלכלית מבחינת המפיק, אלא אף לוקה בא-סימטריה טבועה ביחסים שבין המשתמש והתסריטאי והבמאי וניגוד העניינים שמאפיין חלק גדול מההתקשרויות כאמור, מונע מהמפיק לנהל את הזכויות באופן הוגן כלפי היוצרים, שכן מטבע הדברים הוא רואה עצמו כמי שמופקד על האינטרסים שלו עצמו ולא בבחינת "השומרוני הטוב" שלנגד עיניו טובת התסריטאי והבמאי, אשר עומדת בהגדרה בסתירה לטובתו הוא.

גם מבחינה מעשית של תועלת ויעילות כלכלית, ברור כי חלופת המפיק אינה יעילה בעליל, שכן המפיק יצטרך לבצע את כל המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל). בכלל זה:

■ המפיק יצטרך להשקיע מאסה אדירה של משאבים בהקמת מערך איתור של משתמשים, לרבות משתמשים מפרים;

■ לנקוט בפעולות אכיפה וגבייה ולהרוויח על כל אלה, מבלי שהוא נהנה מיתרונות לגודל משמעותיים, כאשר ברור כי ניהול זכויות יוצרים מתאפיין ביתרון מובהק לגודל. מכאן שלמפיק אין כל אינטרס לעשות כן הן מבחינת תיעדוף האינטרסים שלו, הן בשל העובדה שבהגדרה מדובר בפעילות הפסדית שהיא אגבית לפעילותו העיקרית ושהוא עצמו כלל איננו בקיא בדבר אופן ביצועה.

כל זאת, לעומת תלי שכל תכלית קיומה היא מימוש והשאה יומיומית של כל המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל) ואשר נהנית מיתרונות לגודל, פועלת לטובת חבריה ללא כל מרכיב של ריווח או רנטה עודפת וכוללת את כל שרשרת הייצור אצלה.

לכן, נראה, כי חלופת המפיק איננה ריאלית, בלשון המעטה. תומכים בכך ביתר שאת תצהירי המפיקים, מר יוסי עוזרד ומר יונתן ארוך, המצורפים לבקשה כנספחים "א8" ו "א9".

למעלה מן הדרוש נוסף, כי בתלי חברים הפועלים גם כמפיקים. אך נמצא שגם הם בדיעה ברורה לפיה המפיק אינו גורם אפקטיבי לניהול קומפלקס של מכלול זכויות יוצרים וכי תלי תממש עבורם בצורה המיטבית את זכויות תלי שלהם בתסריט ובבימוי.

סיכום ביניים - בהיבט הכולל ברורה ומוכחת תועלתו המובהקת של הסדר ניהול הזכויות:
החיסכון העצום הגלום בו הוא שמאפשר לתסריטאי והבמאי הבודד לממש את זכויות תלי שלו, ולמשתמשים את קבלת רשיון השמיכה. החיסכון הוא לאורך כל "שרשרת הייצור" של המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל); כגון: כינון העיסקאות, ניהול תחזוקתן, מעקב ותיעוד, אכיפה, גבייה וחלוקה.

התועלת הנובעת מן החיסכון היא כה משמעותית – עד כי ברורה כדאיותו של הסדר ניהול הזכויות הזה, גם בלא כל הכתבה של מחיר מצד תלי למשתמש. על כן נאותה תלי להתחייב מיזמתה כי כל מחלוקת שמשתמש יחפוץ בהעברתה לגישור/בוררות – תועבר למסגרת של בירור אובייקטיבי כזה, אשר יקבע את המחיר. בכך גילתה תלי את דעתה ומהותה: לא האדרת כוח לנגד עיניה ולא הפקעת מחיר השימוש בזכויות היוצרים – אלא מימוש עצם האפשרות של התסריטאי והבמאי לקבל תמלוגים והתועלות שבהסדר, לבדן ובפני עצמן.

ודוק: הסדר ניהול הזכויות מקובל ושריר בעשרות מדינות באופן ומטעמים זהים. 50 מהאגודות העוסקות בזכויות יוצרים ביצירות אורקוליות חברות בארגון CISAC, שהוא ארגון הגג של חברות התמלוגים בעולם. לאחרונה, קם ארגון אירופאי חדש בשם SAA המאגד אגודות אירופאיות לגביית תמלוגים בתחום האור קולי בלבד. רוב האגודות שנסקרו פועלות על בסיס חוק זכויות יוצרים מקומי או על פי אישור מרשות ההגבלים העסקיים המקומית. אגודות אלה מייצגות זכויות דומות לזכויות תלי והן גובות תמלוגים בגין שימושים דומים לשימושים שעבורם תלי מנפיקה רשיונות. כך גופים באירופה שעוסקים בהסדרת רשיונות שימוש ברפרטואר המוגן שברשותם פועלים כתלי בתחומים הקשורים להגנה הקולקטיבית של זכויות יוצרים של יצירות אורקוליות במדינות שנסקרו.

III. תועלת למשתמשים

המצב בו תלי, כגורם שמרכז את ניהול הזכויות של היצירות האורקוליות (ובמילים אחרות, כל היצירות הטלוויזיוניות והקולנועיות), מעניקה רשיון שימוש למשתמשים בגין התסריטים והבימוי של כל רפרטואר היצירות האורקוליות הקיימות והעתידיות של חברי תלי, מצמצם באופן משמעותי את מספר המשאים ומתנים בענף כולו לכמות שמשקפת את מספר המשתמשים הפוטנציאלי.

בהינתן שגופי השידור אינם פועלים על מנת לאיין לחלוטין את זכות היוצרים, אין ספק שצמצום זה מקטין את נטל הוצאות העסקה על המשתמשים. ללא תלי, נראה כי המשתמש יידרש להשקיע

משאבים נוספים, מעבר למשאבים להם הוא נדרש כיום על מנת לכוון ולתחזק את עסקאות הרישוי עם כלל היוצרים.

בהקשר של הא-סימטריה בין הצדדים כמוסבר לעיל, הנזק היחסי יהיה לרועץ לתסריטאים ולבמאים ומשמעותו השפעה שלילית על היצירות והיצירה של יצירות אורקוליות (ובמילים אחרות, **כל היצירות הטלוויזיוניות והקולנועיות**). על כן, סביר להסיק שקיומו של ניהול מרכזי באמצעות תלי מצמצם את השלכות הסיכון הפרטני שבו נושאים התסריטאי והבמאי הבודד והמשתמש לטובת שני הצדדים והוא מתמרץ את התסריטאים והבמאים להרחיב את פעילותם היוצרת באופן שתהיה לכך השפעה על היקף ואיכות התרבות הישראלית.

ללא ארגון ניהול משותף כדוגמת תלי "עוגת היצירה" הכוללת עלולה להיות קטנה יותר כך שהדבר עשוי לפגוע בפלורליזם התרבותי של מקורות היצירה הישראלית וכתוצאה מכך להתדלדלות היצירה.

בנוסף, הקטנת עלויות המעקב, הפיקוח, האכיפה וכינון ותחזוקת העסקאות היא יתרון גם למשתמשים, אשר במציאות בה כל התסריטאים והבמאים היו אוכפים את זכויות תלי (כהגדרתן לעיל) שלהם – היו צריכים לבנות מנגנוני הסדרה והתדיינות מול כל אחד ואחד מהתסריטאים והבמאים, וגם היו צריכים לדווח לכל אחד מהם, על בסיס תקופתי חוזר, על השימושים השונים שעשו ביצירותיו.

תאגידי השידור עצמם לא יוכלו להתמודד עם כמויות כה גדולות של מו"מ, כפי שטענו בפני הממונה, עוד בשנת 2002⁴⁸, כאשר שלוש זכייניות הערוץ השני (דאז) קבלו כנגד העובדה שעליהן להתנהל מול שני גופי ניהול זכויות, אקו"ם ותלי, והדבר מקשה מאוד עליהן. למרות שטענתן נדחתה לבסוף, בין היתר בשל חששו של הממונה מהפעלתן של הזכייניות כוח מונופסוני, בעיקר כלפי תלי, אין עוררין כי הביעו קושי אמיתי וכי במצב בו תיאלצנה לנהל מו"מ פרטני מול אלפי יוצרים בעשרות אלפי מו"מ שונים, לא תוכלנה להתמודד.

עמד על כך גם דר' סדן בחוות דעתו⁴⁹:

"הקטנת עלויות המעקב, הפיקוח האכיפה וכינון ותחזוקת העסקאות היא יתרון גם למשתמשים, אשר במציאות בה כל היוצרים היו אוכפים את זכויות היוצרים שלהם – היו צריכים לבנות מנגנוני הסדרה והתדיינות מול כל אחד מהיוצרים, וגם היו צריכים לדווח לכל אחד מהם, על בסיס תקופתי חוזר ונשנה, על השימושים השונים שעשו ביצירותיו."

הראייה הטובה ביותר לכך שהסדר ניהול הזכויות הוא החלופה המעשית היחידה נעוצה בעובדה הפשוטה הבאה: עד הקמתה של תלי, לא קיבלו מעולם הבמאים תמלוגים. הדבר לא היה כדאי למשתמשים, אשר מעבר לכך שנהנו "מן ההפקר" (אי האכיפה של זכויות היוצרים), לא היו מעוניינים ליזום ולשאת בעלויות הקמת המנגנונים הדרושים לכיבוד זכויותיהם לתמלוגים של

⁴⁸ החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר אי מתן פטור מאישור הסדר כובל להסכם בין רשת חברת תקשורת והפקות (1992) בע"מ לבין שידורי קשת בע"מ ובין טלעד אולפני ירושלים בע"מ.

⁴⁹ בעמ' 13 לחוות דעתו.

התסריטאים והבמאים. על כן, כל טענה בדבר הצורך ב"ריבוי גופי ניהול זכויות" אינה אלא מסווה לרצון הגלוי של תאגידי השידור שלא לכבד את זכות היוצרים ולא לשלם תמלוגים.

נוסף לאמור נזכיר עיקרים אלה:

- פיצול לתאגידי ניהול זכויות שונים מחייב את כל אחד מהמשתמשים לנהל מו"מ ומימשק הסכמי ואכיפתי עצמאי ונפרד מול כל אחד מתאגידי הניהול הללו. הדבר גורם להאמרת עלויות העסקה ומחייב את המשתמש לעסוק בתכיפות באינספור משאים ומתנים תוך אי-ודאות עסקית תמידית, הן לעניין יכולתו לתכנן (Programming) שילוב כל יצירה אורקולית בשידוריו והן באשר לשאלה אם "סגר את כל הקצוות" מול כל התסריטאים והבמאים של היצירה, כשכל אחד מהם עשוי להיות מיוצג על ידי תאגיד ניהול אחר.
- היצירות הן מוצרים הטרונגיים, וככאלה התחליפיות ביניהן אינה מלאה. עבור פלטפורמות מסוימות כגון טלוויזיה רב ערוצית או האינטרנט - היצירות אף יכולות להוות מוצרים משלימים יותר מאשר תחליפיים (בהיעדר מגבלת זמן שידור משמעותית). לכן פיצול היצירות בין תאגידי ניהול שונים, לצד הצורך בגמישות בבחירת התכנים, צפוי להביא משתמשים אלה לכורח להתקשר עם ריבוי תאגידי הניהול השונים. צורך זה יקצין ככל שתאגידי הניהול יתמחו בסוגה מסוימת, וינקזו אליהם יוצרים מאותה סוגה.
- אף אם יוכל להיות, בתיאוריה, פיצול לתאגידי ניהול זכויות שונים שהמשתמש-המשדר אינו קשור הסכמית עם כולם – הרי שמצב זה מונע גמישות בתכנון (Programming) ותפעול לוח השידורים, גמישות שהיא הכרחית למשדר.
- לבסוף, יש לזכור כי כפי שהוכח כבר בפרשת אקו"ם - פיצול זכויות באותה יצירה יכול להביא ל"שיתוק" היצירה, העדר יכולת לשדרה כלל, והקטנת היצע היצירות בשוק.

V. סיכום התועלות לציבור

הציבור הרחב אינו כולל רק את היוצרים והמשתמשים. עניינו בהסדר רחב יותר: הגדלת "עוגת" היצירה, אשר הוכרה בפסיקת בית המשפט העליון כגורם המרכזי המעשיר את התרבות. במילים פשוטות: ככל שההסדר משרת את הגדלת, גיוון והעשרת מכלול היצירה הישראלית, משרת הדבר את אינטרס הציבור בכללותו, הצופים על המרקע בקולנוע, טלוויזיה, מחשב או על גבי מכשירי הסלולר.

עניינו של הציבור ממוקד בהשאת והגברת "עוגת היצירה" הישראלית המקורית והסדר ניהול הזכויות בתלי, מגשים אינטרס זה בצורה האופטימלית: הוא מאפשר הסדר יעיל של גביית תמלוגים בכל פעם שיצירה משודרת ומשרתת את המשדר (שאחרת לא היה משדר אותה). הוא מתמרץ את היוצר להצליח (שכן הענקת התמלוגים היא לפי שידור ובאין יצירה מוצלחת – אין שידורים נוספים שלה), והוא אינו מפחית כהוא זה את התחרות בין תסריטאים ובמאים. יתר על כן, הניסיון מלמד כי הנהגת

הסדר ניהול הזכויות לא לוותה בהפחתה של כמות הפקות היצירות. דהיינו, כיבוד זכויות היוצרים על ידי המשתמשים לא הביא להפחתת כמות היצירות.

אכן, בדיקת התועלות בענייננו מלמדת את שידענו מבעוד מועד, מהתדיינויות אחרות, בעניינן של חברות לניהול זכויות משותף:

"...הממונה מסכים, כי התאגדות של בעלי זכויות יוצרים למתן רשיונות שמיכה הנה, בעקרון, לטובת הציבור, משום שיש בכך כדי להגביר את התפוקה, להעמיק את ההגנה על זכויות היוצרים ולחסוך בעלויות עסקה ועלויות אכיפה." [פרשת הפדרציה הנ"ל, סעיף 10 שם] (ההדגשות הוספו)

מעבר לכך, הראינו לעיל כי הסדר ניהול הזכויות פועל לטובת אותם חלקים מהציבור הנוגעים במישרין בהסדר: היוצרים האורקוליים (במאים ותסריטאים מזה ומשתמשים מזה).

עוד הראינו כי הסדר ניהול הזכויות בתלי הוא המנגנון המיטבי לניהול זכויות היוצרים האורקוליים חברי תלי. למעשה, זהו המכניזם המעשי היחיד המסוגל לנהל באופן ממשי את מכלול הזכויות. הראינו כי באופן מצרפי, הסדר ניהול הזכויות המשותף פועל באופן חד משמעי "לטובת הציבור". עמד על כך ד"ר סדן בחוות דעתו, באומרו: ⁵⁰

"...המנגנון הגלום בתל"י של ניהול משותף של זכויות יוצרים אורקוליים הינו מנגנון יעיל ומאוזן. הוא משרת הן את הצורך במימוש זכות היוצרים ואת יתרונות של יעילות, מזעור עלויות והשאת יתרונות לגדול מאידך. מבין החלופות הוא ההסדר ההולם ביותר את טובת הכלל בהיבט הכלכלי. בנוסף, תמורה ראיה של היוצר תרומת גם לפיתוח התרבות המקומית ולא רק לכלכלה.

...הניהול המשותף של זכויות יוצרים במסגרת תל"י תורם משמעותית לפיתוח המסגרת התרבותית והיצירה במדינה. לכן, יש חשיבות למבנה המוסדי של הטיפול בקביעת התמלוגים, בגבייתם ובאכיפת ההוראות ביחס אליהם.

לאור האמור לעיל, המסקנה היא שאגודה לניהול משותף של הזכויות היא פתרון רצוי כלכלית וראוי מבחינת טובת הציבור שתוצאתו מביאה להתרחבות ⁵¹ והתחדשות התרבות המקומית ולטיפוחה. בכך מושגות שתי המטרות העיקריות של ההסדרה המוסדית של זכויות יוצרים: קידום המדע והאמנות ותמרוץ יצירתיות אמנותית לטובת הכלל בד בבד עם הבטחת תשואה הוגנת ליוצרים עבור פעילותם היצירתית ⁵².

רק למען שלמות התמונה נציין כי התוצאה לפיה הסדר ניהול הזכויות משרת הן את אכיפתן וכיבודן של זכויות היוצרים והן את הגדלת תפוקת היצירה הוכרה, עקרונית ושיטתית גם בפסיקת ההמשך של בית דין נכבד זה בענייניהן של הפדרציה לתקליטים ושל הפ"ל.

⁵⁰ עמ' 13 לחוות דעתו.

⁵¹ "It was found that the formation of a collective leads to an increase in the number of works being produced", Holland, A., "Market Structure and Performance in Intellectual Property", International Journal of Industrial Organization 2 (1984) North Holland, p.212

⁵² Brito, J. & Dooling, B., "An Orphan Works Affirmative Defense To Copyright Infringement Action" Michigan Telecommunications and Technology Law Review 75 (2005), f.n 31, p. 81.

י. סקירה בינלאומית – הסדר ניהול הזכויות הוא הסדר רווח ומקובל

מנתונים שהתקבלו מיועצה המשפטי של סיסאק (CISAC), ארגון הגג העולמי לארגוני ניהול זכויות יוצרים עולה כי מתוך מעל למאה חברות בארגון, מעל ל-50 מייצגות זכויות אור קוליות. בבדיקה נפרדת של 45 חברות מתוכן עולה כי ארגונים אלה מנהלים זכויות יוצרים של יצירות אורקוליות, במתכונת דומה לתלי (הסדר ניהול זכויות של ארגון מרכזי של יוצרים). רק כ-14 ארגונים מייצגים הן זכויות מוזיקליות והן זכויות אורקוליות. רוב מכריע של הארגונים מנהל זכויות ביצירות אורקוליות ולא ביצירות מוזיקליות.

בנוסף, מן הבדיקה עולה כי ברוב המכריע של המדינות קיים ארגון אחד לניהול משותף של זכויות ביצירות אורקוליות. למיטב בדיקתנו, המדינות היחידות בהן יש שני ארגונים המנהלים את אותן זכויות היוצרים הן בלגיה וספרד, כאשר:

- בבלגיה קיימת הבחנה ברורה בין הארגונים, על פי הלאומים המרכיבים את המדינה. השוני בין החברות מבוסס על שוני בזהות, על בסיס שפה ותרבות, ולכן מדובר, למעשה, בשני סוגי רפרטואר שונים: SCD-Scam מייצגת את הרפרטואר האורקולי של היצירות הצרפתיות, ואילו SBAM מייצגת רפרטואר מוזיקלי ואורקולי של יצירות בשפה הפלמית. אחוז זניח מאוד עבר מהחברה הפלמית לצרפתית.

- בספרד קיימים, בשלב זה, שני ארגונים לניהול זכויות: DAMA ו-SGAE. הקמת חברת DAMA, המייצגת יוצרים אורקוליים בלבד, מזכירה במידת-מה את הקמתה של תלי: יוצרים אורקוליים שפרשו מחברת SGAE (המייצגת זכויות מוזיקליות ואורקוליות, בדומה לאקו"ם), הקימו את DAMA, אולם בניגוד למקרה הישראלי, משראתה SGAE שחברים רבים פורשים ממנה, היא שינתה את כללי חלוקת התמלוגים לטובת היוצרים האורקוליים, דבר שהביא להיוותרות מרבית היוצרים האורקוליים בה. כיום, מייצגת SGAE כ-85% מהיוצרים האורקוליים ואילו DAMA מייצגת את היתר. על פי הידוע, הרשויות בספרד מחייבות את שני הארגונים לנהל מו"מ משותף עם המשתמשים בשל הגידול בהוצאות במצב בו קיימות שתי חברות לעומת המצב הקודם.

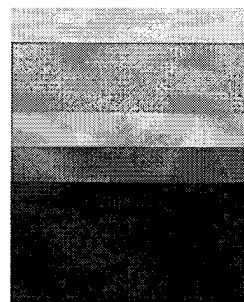
מדובר אפוא בתופעה בינלאומית רחבה ונפוצה ביותר: במרבית המדינות קיים ארגון המאגד והמנהל את זכויות היוצרים של היוצרים האורקוליים. גם במקרים (הנדירים מאד) בהם קיימת יותר מחברת תמלוגים אחת של זכויות אורקוליות, קיימת הבחנה בין הארגונים הללו (על בסיס רפרטואר/שפה/סוג שונה וכולי), כך שלמעשה לא ניתן להצביע על תחרות או תחליפיות ביניהם (למעט המקרה הספרדי שהובא לעיל). בכל המדינות שנבדקו, מודגשת חשיבות הארגון ליצירה ואי יכולתו של היוצר הבודד לקבל תמלוגים עבור יצירותיו בצורה אחרת.

להלן טבלה המרכזת את הנתונים:

Acronyme	Pays
AGADU	URUGUAY
AKKA-LAA	LATVIA
ALBAUTOR	ALBANIA
ALCS	UK
ARGENTORES	ARGENTINA
ARTISJUS	HUNGARY
AsDAC	MOLDOVA
ASDACS	AUSTRALIA
AWGACS	AUSTRALIA
BBDA	BURKINA FASO
BILD-KUNST	GERMANY
BUMDA	MALI
CSCS	CANADA
DAMA	SPAIN
DGA	USA
DHFR	CROATIA
	CZECK
DILIA	REPUBLIC
DIRECTORES	MEXICO
DIRECTORS UK	UK
DRCC	CANADA
EAU	ESTONIA
FILMAUTOR	BULGARIA
FILMJUS	HUNGARY
GCA	GEORGIA
KOPIOSTO	FINLAND
LATGA	LITUANIA
	NETHERLANDS
	SLOVAKIA
	UK
SABAM	BELGIUM
SACD	FRANCE
SARTEC	CANADA
SAZAS	SLOVENIA
SCAM	FRANCE

SDCSI	IRELAND
SETEM	TURKEY
SGAE	SPAIN
	MEXICO
SPA	PORTUGAL
SSA	SWITZERLAND
SUISSIMAGE	SWITZERLAND
TALI	ISRAEL
	AUSTRIA
VEVAM	NETHERLANDS
	USA
ZAPA	POLAND

מקרא



אודיו ויזואל בלבד
אודיו ויזואל וזכויות
נוספות
במאים בלבד
תסריטאים בלבד
רק תסריטאים +
זכויות נוספות / רק
במאים + זכויות
נוספות

יא. נימוקים נוספים מתחום החברה, התרבות וההכרה בשונה

אופיים המיוחד של אמנים ויוצרים, המשוועים להוציא יצירתם מן הכוח אל הפועל, בשילוב העובדה כי הינם חסרי כל הכשרה מקדימה בניהול עסקים, הופכים אותם לפגיעים מול תאגידי השידור מולם ניטל עליהם להתנהל.

כך, בפסק דין העוסק בהיקף ההגנה על זכויות היוצרים⁵³, הובאו הדברים הבאים:

"..חלק לא מבוטל של היוצרים או בעלי זכויות היוצרים אינם מודעים כלל לכלל ההיבטים של החוק ואין לתת בידי הציבור הרשאה מכללא לנצל את בעלי הזכויות היוצרים שמתמיימות, חוסר ידע או חוסר תשומת לב לא דאגו במפורש להגביל או לאסור פעולות אלה או אחרות."

מקרה זה מביא בפני בית הדין את הצורך בהתחשבות בקהל שהוא "אחר" – לא מדובר בסוחרים מיומנים, בעלי כוח מיקוח ותפיסה עסקית - מסחרית נכוחה. עצם היותם יוצרים משמיעה לנו כי הם בחרו דרך שונה, ייחודית, לבטא את עצמם ובתוך כך ליצור לטובת הציבור – מסד תרבותי פורה, המעניק לכולנו מנסרה המשקפת את הווייתנו, מציבה לכולנו "מראה" ומפתחת בכך את מודעותו של הציבור לאומנות, תרבות ויצירה ואת אישיותו של היחיד.

שוק היצירה אינו "עוד שוק". המדובר באוצר רוחני תרבותי, ש"פועליו" הם היוצרים. יוצרים אלה אינם מסוגלים להתמודד ברמת הפרט עם חולשת זכויות היוצרים שלהם – הניסיון המוכח מן העבר מלמד כי הותרת אכיפת זכויותיהם ברמת הפרט מובילה לאיון דה פקטו של זכותם לתמלוגים על פי דיני זכויות יוצרים.

המסקנה הפשוטה העולה מן הדברים היא כי הסדר ניהול הזכויות הוא תשומה חיונית לקיומו והתפתחותו של שוק היצירה, ובלעדיו תלך היצירה ותידלדל (כדברי בית המשפט העליון).

⁵³ תא (י-ם) 7325/05 **נועם אורבך נ' תכלת תקשורת בע"מ**, המצטט מספרה של ד"ר ש. פרזנטי, **דיני זכויות יוצרים**, כרמל ספרות משפטית בע"מ תש"ס, חלק ג', 182.

יב. סיכום

"התרבות היא זיכרונה של אומה, מצפונה המשותף, המשכיותה

ההיסטורית והצורה שבה היא חושבת וחיה." [מילן קונדרה]

האינטרס בקיומה והתפתחותה של היצירה והתרבות אינו אינטרס חומרי פרטיקולרי לסקטור מסויים, אלא אינטרס ציבורי ראשון במעלה. יצירה ותרבות הם נכסים רוחניים של אומה. קיומם הוא חלק אורגני מהתפתחותו של כל עם. יצירה ותרבות הם נכסי צאן ברזל המקשרים המלכדים את חלקי הציבור והם המצע לקיומם של הוויה ותרבות משותפים.

מלאכת האיזונים בפרשה זו אינה קשה. אל מול תועלות רבות, כבדות משקל ומוכחות מקימו של הסדר ניהול הזכויות, עליהן עמדנו בהרחבה הן בגוף הבקשה והן בחוות הדעת המצורפות לה, לא קיימת למעשה כל פגיעה תחרותית ממשית (אם בכלל). על כן אין כל סיבה ממשית במאזן התועלות שלא לאשר את ההסדר הכובל. לכך בדיוק נועד מנגנון האישור שבחוק ההגבלים העסקיים: **לברר את נחיצות ההסדר** - ובענייננו אין חולק כי הסדר ניהול הזכויות הוא נחוץ וחיוני; **להיווכח כי ההסדר אינו פוגע פגיעה יתירה ועודפת בתחרות בענף** – ובענייננו אין התחרות בין תסריטאים ובמאים נפגעת כהוא זה; **ולאשר את ההסדר**.

יתר על כן, **ההסדר שנדון כאן חיוני לעצם היווצרו של "המוצר"** - רשיון שימוש גורף (רשיון שמירה) אינו אפשרי ללא שיתוף פעולה בין כל התסריטאים והבמאים הרלבנטיים. כך קבע בית דין זה בעבר, במקרים דומים, וקביעה זו שרירה וקיימת אף במקרה זה. התחרות בשוק רשיונות השמירה אינה נפגעת במאום: רשיון השמירה הינו תוצאה ישירה של הסדר ניהול הזכויות בתלי ורשיון זה לא היה מתאפשר אלמלא הסדר זה.

המסקנה בדבר היעדר פגיעה תחרותית ממשית – נתמכת בתצפית טבעית: קיימים אלפי יוצרים אורקוליים – קרי, תסריטאים ובמאים. הם פועלים בשוק מבוזר ותחרותי מאין כמוהו, נטול חסמי כניסה, שבכל שנה מצטרפים אליו ונכנסים בשעריו **עשרות גורמי יוצרים חדשים**. מולם ניצבים תאגידי שידור ספורים המהווים תשומה הכרחית לקיומם של היוצרים הללו. קיומו של הסדר ניהול הזכויות המשותף בתלי לא העיב כהוא זה, ואינו יכול להעיב, וודאי לא למנוע או להפחית – את התחרות בשוק היוצרים, בין תסריטאי לתסריטאי ובין במאי לבמאי.

בנוסף, הסדר ניהול הזכויות כולל כבר באופן מובנה מנגנונים המסירים חשש לפגיעה בתחרות:

- תלי אינה מחייבת את חבריה היוצרים בבלעדיות;
- תלי מאפשרת לכל יוצר לפרוש בכל עת, עם יצירותיו, ללא כל הכבדה;
- תלי אינה כופה מחיר על המשתמשים והיא מאפשרת בוררות לגבי נושא זה;
- תלי אינה כופה רכישת רישיון שמיכה או כל פורמט אחר של רישיון כלשהו;

מתקיימות בהסדר חלופות סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים: ראשית, הסדר ניהול הזכויות מאפשר שיווק רישיון שמיכה באופן יעיל, תוך מזעור עלויות העיסקה לכל הצדדים הרלבנטיים (סעיף 10(1) לחוק ההגבלים העסקיים; ובנוסף הוא מאפשר ליוצרים לקבל מתאגידי השידור שבידם חלק ניכר ברכישת שירותי היוצרים, את זכויות היוצרים שלהם "בתנאים סבירים" (סעיף 10(4) לחוק ההגבלים העסקיים).

לבסוף, הסדר הניהול המשותף של הזכויות אינו מעניק ליוצרים תוצר עודף של כוח, אלא אך את זכות היוצרים שלהם הקבועה בחוק, ומינימום של קיום בכבוד תוך הכרה בזכותם על היצירה. הזכות לתמלוגים אינה "רנטה" או טובת הנאה, אלא **זכות הקבועה בדין, שבלי ההסדר היא ריקה מתוכן.** ניסיון העבר מוכיח זאת: הבמאים ותסריטאי הקולנוע לא קיבלו תמלוגים טרם קיומה של תלי, אף שזכותם שבדין היתה זהה לזכותם כיום.

בהקשר זה קיימת חשיבות רבה ביותר לעובדה שהסדר ניהול הזכויות בתלי מאפשר לכל משתמש להעביר את קביעת דמי הרשיון לבורר בלתי תלוי במי מהצדדים. הכוח לכפות מחיר מופקע אינו קיים בענייננו, וזאת בשונה מהסדרי ניהול משותף אחרים שאושרו כבר בבית דין נכבד זה.

לאור כל האמור בבקשה ובנספחיה מתבקש בית הדין הנכבד לקבוע כי אין מדובר בהסדר כובל, אולם, ככל שימצא בית הדין כי הסדר ניהול הזכויות הינו כובל במימד כלשהו – מתבקש הוא לאשרו על יסוד כל האמור בבקשה ובנספחיה, הכל כאמור ברישא לבקשה זו.



אהרן נחומי, עו"ד



דור שטרום, עו"ד

ב"כ תלי