

21

בפני רשות ההגבלים העסקיים

בעניין

תלי – חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע
והטלוויזיה בישראל בע"מ

חו"ד דעת מומחה מטעם תלי

1. כללי	5
1.1 מסגרת חוות הדעת	5
1.2 פרטים	5
1.3 מידע ונתונים	5
1.4 מבנה חוות הדעת	6
2. תמצית חוות הדעת	7
3. מבנה ניהול זכויות היוצרים במסגרת ניהול משותף	14
3.1 הקמת תלי ופעילותה	14
3.2 חברות בתלי	15
3.3 השירותים שמעניקה תלי לחבריה	16
3.3.1 איתור משתמשים, מו"מ וחתימה על הסכמי רישיון	16
3.3.2 הקמה ועדכון שוטף של מאגרי נתוני היצירות, מעקב ורישום	16
3.3.3 תעריפי תלי	17
3.3.4 גביית וחלוקת התמלוגים	18
3.3.5 גביה וחלוקת תמלוגים על שימושים ביצירות בחו"ל	18
3.3.6 אכיפה במקרים של הפרת זכויות	19
3.3.7 סיוע וייעוץ לחברי תלי	19
3.4 התשתית הטכנית של פעילות תלי	19
3.4.1 עובדי תלי	19
3.4.2 מערכות מחשוב ותוכנות מיוחדות	20
3.5 ניהול זכויות היוצרים על ידי תלי בתחומי הפעילות השונים	20
3.5.1 תאגידי שידור	21
3.5.2 מדיות חדשות	22
3.5.3 ביצוע פומבי כללי	22
3.5.4 התקשרויות עם ארגונים מקבילים בחו"ל	22
3.6 סיכום ביניים	22
4. היחסים בין היוצר הבודד לבין ציבור המשתמשים	24
4.1 מבוא	24
4.2 מונחים והגדרות	24
4.3 ייחודיות היצירה	25
4.4 שלבי פיתוח היצירה	25
4.5 מעמד היוצר מול המפיק והמשתמש	28
4.6 מבנה עלויות הייצור של היצירה	29
4.7 סיכום ביניים	30

5.	ניהול משותף לעומת מתכונת אפשרית לניהול פרטני של זכויות יוצרים.....	31
5.1	מבוא	31
5.2	ניהול זכויות פרטני.....	31
5.3	המורכבות של התקשרות פרטנית לעומת התקשרות עם תלי.....	32
5.4	תשתית הפעילות	34
5.5	היחסים בין היוצר לבין אוכלוסיית המשתמשים	35
5.5.1	תאגידי שידור	36
5.5.2	ביצוע פומבי כללי	37
5.5.3	מדיות חדשות (אינטרנט וסלולר)	38
5.5.4	שימוש ביצירות של יוצרים ישראלים בחו"ל	39
5.6	סיכום ביניים	40
6.	אמידת העלויות במסגרת של ניהול פרטני	42
6.1	כללי	42
6.2	המרכיבים הנדרשים לבניית התשתית לניהול זכויות היוצרים	42
6.3	אמידת עלויות	44
6.3.1	מונחים	44
6.3.2	עלויות תלי	44
7.	בדיקת התועלת של ניהול זכויות יוצרים על ידי היוצר הבודד	53
7.1	מבוא	53
7.2	אומדן ההכנסות	53
7.3	בדיקת התועלת של ניהול הזכויות הפרטנית	55
7.4	סיכום ביניים	56
8.	המפיק כמנהל זכויות היוצרים	58
8.1	מעמדו של המפיק	58
8.2	בחינת התועלת הכלכלית	60
8.3	סיכום ביניים	62
9.	ניהול משותף ופרטני של זכויות יוצרים מבחינת המשתמשים	64
9.1	מבוא	64
9.2	כינון ותחזוקת עסקה	64
9.3	מעקב אחר שימושים, דיווח ותשלום תמלוגים	66
9.4	כוח המיקוח של המשתמש והשלכותיו בטווח הארוך	67
9.5	סיכום ביניים	68
10.	ניהול משותף של זכויות יוצרים בעולם	69
נספח א – מכתבו של שטרם שממוען לרשות ההגבלים העסקיים		
74		
נספח ב' - תעשיית השידורים האור-קוליים בישראל		
76		
1.	כללי	76

76	2. הוט מערכות תקשורת בע"מ
77	3. די.בי.אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ (yes)
79	4. זכייניות ערוץ 2
79	4.1 קשת
80	4.2 רשת
80	5. ערוץ 10
81	6. הערוץ הראשון
82	7. סיכום ומסקנות

1. כללי

1.1 מסגרת חוות הדעת

על פי בקשת עו"ד דרור שטרומ, ב"כ תלי, חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ (בימאים ותסריטאים) (להלן: "תלי" או "החברה"), אני הח"מ, ד"ר שמחה סדן, נותן בזאת חוות דעת מומחה בעניינים שונים שנדונים ברשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות"), ובין היתר, בבחינת טובת הציבור והתועלות המופקות ליוצרים ולמשתמשים מפעילותה של תלי.

1.2 פרטים

פרטי השכלתי בתחום הכלכלי:

בוגר האוניברסיטה העברית בירושלים בכלכלה וסטטיסטיקה (1966);
מוסמך האוניברסיטה העברית בירושלים במינהל עסקים (מימון);
דוקטור במינהל עסקים ע"י אוניברסיטת קליפורניה, ברקלי (1972);
בוגר במשפטים, אוניברסיטת תל-אביב (2002).

פרטי ניסיוני:

פרופסור משנה למינהל עסקים, אוניברסיטת ניו-יורק (1975 - 1972).
מרצה בכיר בפקולטה לניהול (emeritus), אוניברסיטת תל-אביב (1975 - 2008).
ראש החוג לחשבונאות, אוניברסיטת תל-אביב (1978 - 1981).
יועץ לבנקים ולחברות עסקיות בתחומי כלכלה, מימון, חשבונאות וניהול.
מנהל חברות ומנהל עסקים.
חבר בוועדות ציבוריות.

1.3 מידע ונתונים

לצורך הכנת חוות הדעת, עיינתי במכתב, שממוען לרשות ההגבלים העסקיים (להלן: "הרשות") ונושא תאריך 25.1.10, חתום ע"י עו"ד שטרומ ובו פורטו הנושאים שהתבקשו לחייו דעתי. מכתב זה מצורף כנספח א' לחוות דעת זו.

כמו כן, עיינתי במסמכים ונתונים שונים שקבלתי מתליו מבאי כוחה וכן בנתונים ציבוריים ובספרות מקצועית רלבנטיים.

בנוסף לכך, קיימתי שיחות עם מר אבי שמש - יו"ר דירקטוריון תלי, גבי יהלומה לוי - מנכ"לית תלי לשעבר, מר אורי שפרלינג - מנהל הכספים של תלי וכן עם עו"ד דרור שטרום.

מקורות המידע ואופיו מצוינים במפורש בהקשר המתאים. תוצאות הניתוח בחוות הדעת כפופות למסד הנתונים ששימש אותן. בכל מקרה בו נאמר "נמסר לי", הכוונה למידע שקבלתי מגורמים בתלי או מבא כוחה.

1.4 מבנה חוות הדעת

פרק 2 מציג תמצית של חוות הדעת. פרק 3 מפרט את מבנה ניהול זכויות היוצרים שמתקיים כיום במסגרת משותפת באמצעות תלי. פרק 4 דן בכוחו של היוצר (התסריטאי/הבמאי) בתחום היצירות ומסחורן. פרק 5 מתאר את ניהול זכויות היוצרים של היוצר הבודד במעמדו הפרטני. פרק 6 מציג את תוצאות אמידת העלויות של ניהול הפרטני של זכויות היוצרים של היוצר לעומת עלויות של ניהול משותף של אותן זכויות; וזאת, מנקודת המבט של היוצר הבודד ולפי מרכיביו השונים: עלות התשתית, עלות כינון עסקאות, עלות מעקב וגביה ועלות האכיפה. פרק 7 עורך השוואה בין העלויות וההכנסות הצפויות במסגרת ניהול זכויות פרטני לעומת ניהול זכויות משותף ומסיק מסקנות בדבר כדאיות ניהול הפרטני ליוצר בודד. פרק 8 דן בחלופה של ניהול הזכויות באמצעות המפיקים ופרק 9 עוסק בחלופות של ניהול פרטני של זכויות היוצרים מול ניהול משותף שלהן מנקודת ראות המשתמשים (ובניהם, הגופים המשדרים) בזכויות אלה. פרק 10 עוסק במידת השכיחות בעולם של מודל ניהול המשותף של זכויות היוצרים האורקוליים.

2. תמצית חוות הדעת

חו"ד זו בוחנת את התועלות המופקות ליוצרים ולמשתמשים מפעילותה של תלי - חברת תמלוגים. תלי עוסקת בניהול משותף של זכויות הביצוע הפומבי, זכויות השידור, זכויות ההשכרה, זכויות העמדה לרשות הציבור וזכויות לגביית גמול יוצרים בגין שימוש בקלטות ריקות (להלן: "הזכויות") של מרבית היוצרים האורקוליים הפעילים בישראל. חוות הדעת בוחנת את סך התועלות האמורות לעומת סך התועלות המקבילות שעשויות להצטבר במסגרת של חלופת ניהול זכויות פרטנית, או לחילופין, במסגרת של חלופת ניהול זכויות באמצעות מפק.

תלי מייצגת את הזכויות האמורות של חבריה בהקשר לפרטואר היצירות שלהם ומעניקה למשתמשים בזכויות היוצרים של חבריה - רישיונות שימוש בזכויות כנגד תשלום תמלוגים. הרוב המכריע של הר ישיונות המוענקים על ידי תלי הם ר ישיונות גורפים¹. תלי גובה את התמלוגים עבור השימוש בזכויות הללו בתחומי מדינת ישראל ומחלקת אותם בין חבריה. לשם כך תלי מבצעת פעולות מעקב, איתור ותיעוד של כלל השימושים בפרטואר שלה (על פי הנקוב בר ישיונות שהיא מנפיקה למשתמשים). תלי מסייעת לחבריה במידע בכל הנוגע לשמירה על זכויותיהם לתמלוגים ומעניקה יעוץ משפטי למי מהם שחפץ בכך ללא תשלום.

תלי חברה בארגון הבינלאומי של אגודות המנהלות זכויות יוצרים CISAC וכמו כן היא מנהלת מו"מ עם ארגונים מקבילים בחו"ל, בעניין הסכמים חד צדדיים והדדיים, שעניינם ייצוג זכויות של יוצרים אורקוליים זרים, אשר נעשה שימוש ביצירותיהם בישראל וייצוג יוצרים ישראלים על ידי הארגונים המקבילים, אשר נעשה שימוש ביצירותיהם בחו"ל.

המסקנה בחוות הדעת היא, כי פעילותה של תלי בניהול משותף של זכויות היוצרים של חבריה יחסייה מסויינת במימושן של זכויות אלה, בהגדלת עוגת היצירה, ובהקטנת מידת הא-סימטריה השולטת ביחסים בין היוצר לבין המשתמשים (ובהם גופי השידור). זו נובעת מהמבנה השונה של השווקים בהם פועלים הצדדים², מתהליך היצור של היצירה האורקולית, ההשקעה הגבוהה יחסית של היוצר הבודד בפיתוח היצירה ושיווקה, ההסתברות הנמוכה להצלחת היצירה הבודדת מנקודת מבטו של היוצר אל מול המשתמש המחזיק בידו פורטפוליו של יצירות של יוצרים שונים, מאמצעי השיווק שעומדים לרשות המשתמשים ו מפערי המידע שקיימים בין היוצר והמשתמש שיוצרים תלות של היוצר במשתמשים ובפלטפורמות שברשותם.

קיומה של תלי מאפשר ליוצר לשפר את מעמדו ביחס למשתמש על ידי הקטנת נטל העלויות הכרוכות בתהליך היצירה, תמחור סביר של התמלוגים הקשורים בזכויות היוצרים של היוצר ושל אכיפת זכויות אלו וכן היא מועילה למשתמשים לכבד את זכויות היוצרים של התסריטאים והבמאים בעלויות נמוכות יותר מאלו שישררו במצבים החלופיים.

¹ רישיון גורף (Blanket License) הוא כניו לרישיון בו המשתמש מקבל את הזכות לשימוש בכל הזכויות של כל חברי תלי מבלי שהוא מגביל עצמו לזכות ביצירה מסוימת או לזכויותיו של יוצר מסוים.

² היוצרים האורקוליים פועלים בשוק שבו אלפי יוצרים ואילו גופי השידור בישראל פועלים, ככלל, בשווקים בהם נמצאים שחקנים מועטים יחסית.

לכן, הסדר הניהול המשותף של זכויות היוצרים של חברי תלי תורם לעידוד היצירה האור-קולית הישראלית בפרט, והתרבות בישראל, בכלל. מסקנה זו מתבקשת ומתיישבת עם דברי בית המשפט העליון, אשר עמד על התועלת וחשיבות ק יומם של ארגונים לניהול משותף של זכויות יוצרים, דוגמת תלי, באומרו³:

"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 וחולכת. ראו דברי השופט יעקב מלץ ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח (1) 251, בע' 267-268. ודוקו: עידוד היוצר נעשה לא רק באמצעות הבטחת תגמול כספי על יצירתו (זכות היוצר ים הכלכלית), כי אם גם בדרך של הכרה בכבוד היוצר והיצירה (זכות היוצרים המוסרית). 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 מאיר שמגר בע"א 513/89 Interlego A/S נ' 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 לתמרץ אותו לעשות זאת.

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 מוטלת בספק. ראו שרה פרזנטי, דיני זכויות יוצרים (כרך א'), מהדורה שנייה, (2000), בע' 221-223, 190-192."

בחוות הדעת נבחנה ההיתכנות של ניהול פרטני של זכויות היוצרים על ידי היוצר הבודד והתועלת המופקת לו מהניהול האמור לעומת התועלת ליצר הבודד המופקת במסגרת ה ניהול המשותף במסגרת תלי. תוצאות הבדיקה מראות, כי במסגרת של ניהול פרטני של הזכויות על ידי היוצרים הבודדים, לא יתאפשר מתן רישיון גורף לפרטואר ש זכויותיו מוחזקות כיום בידי תלי, כיוון שכל יוצר הינו בעל זכויות הנוגעת ליצירותיו בלבד. ניהול פרטני של זכויות יוצרים ידרוש שינוי במתכונת הפעילות, הן מצד היוצרים והן מצד המשתמשים ויעמים על הצדדים עלויות נוספות: המשתמש יידרש לנהל משא ומתן עם כל היוצרים שעבורם יבקש רישיון שימוש, והיוצר יידרש לנהל משא ומתן עם כל אחד מהמשתמשים שלהם הוא יבקש להעניק רישיון שימוש ביצירותיו. כך, תידרש הנפקה של מספר רב של רישיונות, שכן רישיון של יוצר בודד יכול לכלול אך ורק את חלקו ביצירה הבודדת או באגד היצירות שבזכויותיהם הוא שותף.

בנוסף למו"מ על התמלוגים גם הדיווח וההתחשבנות בין היוצרים האינדיבידואלים לבין המשתמשים הבודדים יידרשו להתנהל על בסיס של תקשרות פרטנית, ופעולות אלה מעמיסות גם עלויות נוספות על הצדדים.

³ רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת הקומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נגד תחנת השידורים גלי צה"ל.

התוצאה של ניהול פרטני היא ש בכל אחד מהתחומים בהם יש פוטנציאל לעשיית שימוש ביצירותיו, על היוצר לעסוק בשלל פעולות שבהן אין לו מיומנות על מנת לממש את זכויות היוצרים שלו: פעולות של איתור שימושים, מעקב, תיעוד הדיווחים המתקבלים, אכיפה וגביה, בנוסף, יהיה עליו לאסוף מידע אודות מבנה השוק הרלבנטי, התחרות בו והמשתמשים הפוטנציאליים; בדרך כלל, היוצר הבודד אינו בעל ניסיון בכגון אלה ולכן הוא יזדקק, קרוב לוודאי, למנהל עסקים שלו המיומנות האמורות או מייצג שיאסוף את המידע המתאים ויידע לעשות בו שימוש.

במסגרת ניהול הזכויות הפרטני, סביר להניח, כי יקום גוף שיסייע ליוצרים במעקב אחרי השימושים שנעשים ביצירותיהם וינהל מאגרי נתונים בעניין זה, כפי שהדבר נעשה כיום על ידי תלי. זאת, כיוון שמבנה עלויות המעקב, כמו גם הגביה והאכיפה תכונה בולטת של יתרונות לגודל. העלויות ליוצר חבר תלי נמוכות מהעלויות המקבילות ליוצר בודד שמנהל את זכויותיו באופן פרטני. לכן, רק טבעי לצפות שפונקציות אלו ינהלו על ידי גורם מרכזי, שיעניק שירותים לכלל היוצרים, גם אם אלה ינהלו את זכויותיהם הפרטניות בעצמם. סביר כי גוף כזה יזדקק גם הוא לאישור של הממונה.

במסגרת בדיקת ההיתכנות לניהול הזכויות באופן פרטני, נאמדו העלות לכינון עסקה ו העלות לתחזוקת עסקה, בהסתמך על נתוני תלי. בעבור רישיון גורף של זכויות היוצרים, המוענק על ידי תלי, עלות כינון עסקה ועלות תחזוקת עסקה לחבר תלי שמקבל הכנסה מתמלוגים בממוצע לשנה, נאמדו בכ-120.75 ₪ וב-34.94 ₪, בהתאמה לעסקה בודדת. בעבור רישיון 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 ₪ ובכ-651 ₪, בהתאמה, לעסקה בודדת; זאת, בהנחה שהעסקה לא תהיה מורכבת מידי, כאמור, שאז העלויות תהיינה גבוהות עוד יותר.

סביר להניח, כי הן עלות כינון העסקה והן עלות תחזוקתה יהיו גבוהות יותר במקרים של התקשרות שבה תשלום התמלוגים יקבע בהתאם להכנסות המשתמש (למשל אחוז מסויים), מכיוון שבמקרה זה יידרש היוצר לקבל ולעבד דיווחים מהמשתמשים על השימושים בפועל ולחשב ולגבות את התמלוגים בהתאם.

באשר לאכיפת זכויות היוצרים, במסגרת ניהול פרטני היוצר הוא שיידרש לשאת בעלות האכיפה. 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 מזו שתיוחס ליוצר הבודד, עקב היתרונות לגודל, הן מבחינת תעריפי שכר טרחה שתלי משלמת והן מבחינת צמצום מספר הליכים ע"י ניהול הליכים מול גורמים מייצגים בענף ועל-ידי תביעות מאוחדות בגין מספר הפרות. העלות הממוצעת עבור מעקב, גביה ואכיפה לחבר תלי הינה כ-122 ₪ לשנה בעבור עסקה אחת. סביר להניח שתאגיד, שירכז את מתן שירותי המעקב, גביה ואכיפה עבור היוצרים שכיום חברים בתלי, יחייב את לקוחותיו בתעריף שנתי ממוצע לזכות בודדת ביצירה בסך של 4.63 ₪. היוצר הממוצע, שלו כ-112 זכויות ביצירות, עשוי להיות מחויב על ידי תאגיד כאמור בכ-519 ₪ לשנה וזאת, לעומת עלות מעקב, גביה ואכיפה, שנתית ממוצעת

לעסקה אחת בסך של כ-122 ש, בהנחה ועלות זו תיכלל בסך העלויות של היוצר הבודד במסגרת ניהול פרטני, ללא קיומו של תאגיד מהסוג האמור.

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 היוצרים. תופעה זו מוכרת בשווקים של בעלי זכויות ביצירות⁴. שאר 80.51% מהיוצרים אשר חברי ס 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 עשויה להיות בלתי-כדאית.

זאת ועוד, לעניין מעקב אחרי השימושים לצורך זיהוי הפרות, אם כל יוצר בודד יידרש לבצע פונקציה זו לבדו, הוא יידרש להשקיע, משאבים רבים יותר לזיהוי הפרות מאשר תלי (או כל גוף אחד אשר עשוי לקום). 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 מציבור היוצרים חברי תלי.

אפקטיביות ההגנה על זכויות היוצרים תלויה במידה רבה בעוצמת אכיפת הזכויות במקרים של הפרות. כך, ככל שמנגנוני האכיפה חלשים יותר, כך נכונות המשתמשים לקיים את תנאי רישיונות השימוש, או, במקרים אחרים, להגיע לכלל הסכמה עם היוצרים בנוגע לתנאי השימוש תהיה נמוכה יותר.

בנוסף, ללא קשר למספר העסקאות שביצע יוצר, אם הוא יגלה כי גורם כלשהו מפר את זכויות היוצרים שלו ומשתמש ביצירה ללא רישיון, או, לחילופין, מפר את תנאי הרישיון, היוצר שמנהל את זכויותיו יישא, קרוב לוודאי, בעלויות האכיפה, אם הוא יחליט לאכוף את זכויותיו. קרוב לוודאי שעלויות האכיפה, יפחיתו את כדאיות ההיתכנות של הניהול הפרטני של זכויות היוצרים, אם תתווספה לעלויות ניהול הזכויות הפרטני כפי שפורט לעיל.

היתרון בניהול משותף של זכויות היוצרים, הוא היתרון לגודל, המאפשר ליוצר הבודד להקטין את עלויותיו בעבור הפעילויות האמורות; וזאת, לעומת העלויות הללו בניהול פרטני של זכויות יוצרים. ניתן לראות כי העלויות שנאמדו לחבר בתלי אשר קיבל תמלוגים נמוכות משמעותית מהעלויות הנגזרות מניהול פרטני של זכויות היוצרים. מסגרת ניהול הזכויות המשותף בהמשך לאמור אודות היתרון לגודל תורמת לחברי תלי הן בייעול וחסכון בעלויות העסקה של כל משתמש ביצירה, הן בייעול וחסכון באיתור השימושים ביצירה⁵, הן בייעול וחסכון באכיפת ההגנה החוקית על זכויות היוצרים והן בכך שחלק גדול מהיוצרים שהכנסותיהם מתמלוגים במשותף מהווה שיעור נמוך משהי"כ ההכנסות מתמלוגים של היוצרים זוכים לאכיפת זכויותיהם; וזאת, לעומת חוסר היכולת או הכדאיות ליוצר הבודד באכיפת זכויותיו במסגרת של ניהול פרטני.

⁴ לעיתים היא מכונה תופעת ה-superstars.

⁵ יצוין כי יעילות זו והשלכותיה על עידוד היצירה, כמצוין בהמשך, הינן חלק מהמטרות הכלכליות הרצויות בדיני ההגבלים העסקיים, ראה דיני הדבילים עסקיים (מהדורה שנייה – מעודכנת ומורחבת), יצחק (צחי) יגור, עו"ד, 1999, עמוד 46.

בהקשר זה ציין ד"ר וינוגרד⁶,

"זכות יוצרים היא בעיקרה זכות למנוע מאדם אחר לקחת על עצמו את פרי עמלו של היוצר".⁷

"זכות יוצר למנוע מאחר לקחת ממנו את פרי עמלו, כוללת גם את הזכות של היוצר להרשות לאחר שימוש בפרי עמלו, בתמורה הולמת שתשולם לו.

"היוצר הבודד כשהוא יעמוד לבדו בהתיינות 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. בהחלטת בית הדין להגבלים עסקיים, בש"א 48/04, סעיף 5, נאמר:

"היתרונות הבולטים של תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, דוגמת אקו"ם, הם בכך שהוא משמש כלי חיוני לאכיפת זכויות יוצרים, מוזיל את עלויות השימוש בזכויות יוצרים ומקל על השימוש באותן זכויות... מבחינת בעלי הזכויות, הרי שהרישיונות הגורפים מאפשרים ניהול, גביית תמלוגים ואכיפה יעילים, במיוחד לנוכח הקלות הרבה בה ניתן להפר את זכויותיהם. לולא מנגנון הניהול הקולקטיבי, כל בעל זכויות היה נאלץ לפעול עצמאית לאכיפת זכויותיו, דבר לא סביר מבחינת העלויות הכרוכות בכך."

בנוסף, ההיתכנות הכלכלית של ניהול פרטני של זכויות היוצרים נגזרת גם מתוצאות ניתוח של עלות לעומת תועלת. במקרה דנן, התועלת נמדדה על ידי ההכנסות השנתיות הצפויות ליוצר מעסקה, שהן תוצאה של עשיית שימוש בזכויותיו והעלות נגזרה מסך העלויות השנתיות שידרשו מהיוצר לעסקה לשם ניהול זכויותיו. ההשוואה שבוצעה בין אומדני ההכנסה הממוצעת מעסקה לבין אומדני העלויות לעסקה הצביעה על כך שההכנסה הממוצעת ליוצר לשנה מעסקה אחת במחירי דצמבר 2010 נאמדה בסך של 1,123 ש"ח וזו אינה מכסה את העלויות, הן בגין עסקה שכוננה והן בגין עסקה שתוחזקה במסגרת ניהול זכויות פרטני וזאת, בשונה מניהול זכויות משותף. כך, ההכנסה הממוצעת של היוצר לשנה לעסקה אינה מכסה העלויות המצוינות לעיל ומשאירה את היוצר בגרעון, ועל כן, נראה כי ליוצר הבודד ניהול פרטני של זכויות היוצרים אינו כדאי מבחינה כלכלית (על בסיס הנתונים הללו).

בנוסף, בחוות דעת זו נבחנה, לבקשת הרשות, חלופה בה המפיק משמש כמנהל זכויות היוצרים. בבחינה האמורה נמצא, כי בחלק משמעותי של היצירות המשודרות בכלי התקשורת קיים ניגוד עניינים טבוע בין היוצר לבין המפיק; וזאת, מחמת מעמדו של המפיק במארג הקשרים שבין היוצר והמשתמש. המפיק, שבחלק מהמקרים הוא מחזיק גם ב פלטפורמת השידור, וכך הוא משולב במשתמש, אינו במצב בו הוא יכול לראות את טובתו הבלעדית של היוצר מול עניינו והוא, בדרך כלל, ישרת, לפחות חלקית, את האינטרסים של מעסיקו – המשתמש. לכן, הוא יתקשה בייצוג האינטרסים הבלעדיים של היוצר בניהול זכויותיו אל מול המשתמש. גם במקרים אחרים, סביר להניח שקיימת תלות בין המפיק והמשתמש שמהווה, לא אחת, 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

⁶ פסק הדין שניתן בבוררות שבין אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"ל למוסיקה בישראל בע"מ נגד הו"ט- מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, עמ' 10.

⁷ ראה ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבוד, פ"ד מב (3) 749.

ביצירה הספציפית, לוקה בא-סימטריה טבועה ביחסים שבין המשתמש והיוצר וניגוד העניינים שמאפיין חלק גדול מההתקשרויות כאמור, מונע מהמפיק לנהל את הזכויות באופן הוגן כלפי היוצרים.

בנוסף, הניסיון מראה שמשך קיומם של חברות הפקה, קצר יותר מאורך החיים היצירתי של יוצר. לכן, בהינתן זכויות יוצרים של יצירה בידי מפיק כחלק מפעילותו, נפסק הייצוג ההולם של האינטרס של היוצר על ידו.

מבחינת התועלת הכלכלית, לא נראה כי חלופת המפיק יעילה יותר, בכל הנוגע לאיתור המשתמשים וחתימה עימם על הסכמי הרישיון לעומת החלופה הקיימת, בה תלי מבצעת את הפעולות הללו. אם המפיק היה משמש כמנהל זכויות, הוא יידרש לנהל מספר רב של יוצרים על מנת לכסות את עלויותיו מהתמלוגים שכן ניהול זכויות יוצרים מתאפיין ביתרון מובהק לגודל.

לכן, נראה, כי חלופת המפיק אינה סבירה מבחינה כלכלית ומוסדית לאורך זמן; וזאת, עקב העלויות הכרוכות בכינון ותחזוקת עסקה, מעקב ורישום השימוש ביצירות, גביית תמלוגים ופעולות האכיפה וכל זאת, בנפרד ובמצטבר אל מול ההכנסה של היוצר פר שנה מעסקה. עם זאת, בסופו של דבר, אם אכן המפיק ינהל קולקטיבית זכויות יוצרים של מגוון רחב של יוצרים ויכסה את אותן עלויות, הוא יידרש, כמו תלי, לאישור מתאים של הממונה על הגבלים עסקיים.

בחירת התועלות מניחול משותף של זכויות היוצרים של חברי תלי נבדקה, אף זאת לבקשת רשות ההגבלים העסקיים, גם מנקודת מבטם של המשתמשים. בתנאים של ניהול פרטני של זכויות היוצרים ביצירות המשתמשים יידרשו לנהל משא ומתן בגין כל רישיון ליצירה בודדת עד כדי מספר יוצרים ליצירה⁸, וכגודל הביקוש שלהם ליצירות כך יגדל מספר המשאים ומתנים שהם יידרשו לנהל, עד כדי אלפים ויותר⁹, אם מדובר בכל הספקטרום של היצירות והיוצרים שברפרטואר תלי ואם מדובר בניהול מו"מ באמצעות המפיקים, המספר מתכנס לכל הפחות לעשרות¹⁰. כל זאת, בניגוד למצב בו המשתמש מנהל את המשא ומתן מול גוף אחד כיום, תלי. המצב בו תלי, כגורם שמרכז את ניהול הזכויות של מרבית היצירות האורקוליות, מעניקה רישיון שימוש למשתמשים בגין כל רפרטואר הזכויות שהועברו אליה, מצמצם באופן משמעותי את מספר המשאים ומתנים בענף כולו לכמות שמשקפת את מספר המשתמשים הפוטנציאלי. אין ספק שצמצום זה שמ קטין את נטל הוצאות העסקה על המשתמשים, אפילו בהנחה שמו"מ על רישיון גורף נדרש לעלויות כבדות יותר מזה של עסקה בקשר עם יצירה בודדת. 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 כמסבר לעיל הנזק היחסי יהיה לרועץ ליוצרים ומשמעותו השפעה שלילית על היצירות והיצירה של יצירות אורקוליות. על כן, סביר להסיק שקיומו של ניהול מרכזי באמצעות תלי מצמצם את השלכות הסיכון הפרטני שבו נושאים היוצר והמשתמש לטובת שני הצדדים והוא מתמרץ את

⁸ המשתמשים אינם רק הגוף אשר הזמין את היצירה לראשונה, אלא גם משתמשים נוספים אשר ישלבו את היצירה בשידוריהם. על כן לא ניתן במו"מ הראשוני להזמנת היצירה למצות את כל זכויות היוצרים בגין שימושים עתידיים.

⁹ אם התסכם יהיה בעבור שימוש ביצירה בודדת, כאמור בסעיף 5.1.

¹⁰ ע"פ חלופת המפיק, פרק 8 לעיל.

היוצרים להרחיב את פעילותם היוצרת באופן שתהיה לכך השפעה על היקף ואיכות ה תרבות 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 לדילול שלה.

בנוסף, 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.

בחוויה נסקרו גם אגודות של זכויות יוצרים אורקוליים. 50 מהאגודות העוסקות בזכויות יוצרים ביצירות אורקוליות חברות בארגון CISAC, שהוא ארגון הגג של חברות התמלוגים בעולם. לאחרונה, קם ארגון אירופאי חדש המאגד אגודות אירופאיות לגביית תמלוגים בתחום האור קולי בלבד. רוב האגודות שנסקרו פועלות על בסיס חוק זכויות יוצרים מדינה מקומי או על פי אישור מרשות ההגבלים העסקיים המקומית. אגודות אלה מייצגות זכויות דומות לזכויות אשר מצויות בישראל בידי תלי והן גובות תמלוגים בגין שימושים דומים לשימושים שעבורם תלי מנפיקה רישיונות. כך גופים באירופה שעוסקים בהסדרת רישיונות שימוש ברפרטואר המוגן שברשותם פועלים כתלי בתחומים הקשורים להגנה הקולקטיבית של זכויות יוצרים של יצירות אור- קוליות במדינות שנסקרו.

לסיכום, המנגנון הגלום בתלי של ניהול משותף של זכויות יוצרים אורקוליים הינו מנגנון יעיל ומאוזן. הוא משרת הן את הצורך במימוש זכות היוצרים ואת יתרונות של יעילות, מזער עלויות והשאת יתרונות לגודל מאידך. מבין החלופות הוא הסדר ההולם ביותר את טובת הכלל בהיבט הכלכלי. בנוסף, תמורה ראויה של היוצר תורמת גם לפיתוח התרבות המקומית ולא רק לכלכלה. תפקיד תלי כגורם מסייע לגביית תמלוגים ולמילוי פונקציות קשורות מאפשר ליוצרים לקבל תמורה ראויה עבור עמלם ב פיתוח היצירה ובשיווקה. בהקשר זה, הניהול המשותף של זכויות יוצרים במסגרת תלי 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 להתרחבות¹¹ 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 בטחת תשואה הוגנת ליוצרים עבור פעילותם היצירתית¹².

¹¹ "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.

¹² 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.

ליוצרים בתהליך היצירה. תלי נכנסת לתמונה רק בשלב השימוש של היצירה הגמורה והיא גובה תמלוגים רק עבור שימושים ביצירות קיימות שלמות, אשר הופקו בפועל.

בהתאם, רפרטואר תלי מתייחס ליצירות אור קוליות דרמטיות¹⁸, ליצירות דוקומנטריות ולקליפים של וידאו לשירים אשר קיימים, שלמים ומוכנים לשימוש. הפעילות של החברה בשוק המקומי מתבצעת מול משתמשים שונים, ובין היתר, תאגידי השידור¹⁹, אתרי אינטרנט, חברות הסלולר וגופים נוספים שעושים שימוש ביצירות אור קוליות, דוגמת: אל על וישראיר.

החברה מפעילה מספר פונקציות, כדלקמן:

1. ניהול מו"מ עם משתמשים פוטנציאליים וכריתת הסכמים עימם המסדירים את תשלום התמלוגים עבור השימוש ביצירות הנמנות על רפרטואר תלי.
2. מעקב, תיעוד ורישום שיטתי של השימושים ביצירות שכלולות ברפרטואר תלי.
3. גביית התמלוגים וחלוקתם לחברים והפקת חשבונות לפי השימושים ופרמטרים נוספים.
4. סיוע ויעוץ לחברים בכל הנוגע לשמירה על זכויותיהם לתמלוגים.
5. אכיפה של זכויות החברים, ובכלל זה, נקיטת צעדים משפטיים נגד משתמשים שמפרים את זכויות חברה.
6. פעילות ציבורית בתחומי החקיקה והרגולציה לקידום זכויות ציבור התסריטאים והבמאים ולהכרה בהם וטיפול ביוזמות חקיקה שעניינן זכויות חברי תלי.
7. ייצוג ציבור היוצרים האור קוליים הישראליים במסגרת הארגון הבינלאומי של חברות התמלוגים CISAC.

3.2 חברות בתלי

ביום 10/01/11 תלי מנתה 1,316 חברים; כולם תסריטאים ובמאים. נמסר לי כי ציבור זה כלל את מרבית היוצרים האורק וליים הפעילים בישראל²⁰. כל חבר בתלי, תסריטאי ואו במאי, מחזיק במניה שוות זכויות בחברה. על פי תקנון תלי, החברות בחברה פתוחה לכל יוצר קולנוע, טלוויזיה או כל מדיה אור קולית משודרת אחרת, אשר בייס ו/או כתב לפחות יצירה אורקולית אחת, ששייכת לרפרטואר תלי ושהוקרנה בבית קולנוע או ששודרה בטלוויזיה, או בכל טכנולוגיה אחרת, בישראל ושלגביו התקיימו תנאי סעיף 8 בתקנון ההתאגדות של תלי.

¹⁸ יצירות בהן קיימות דמויות ועלילה.

¹⁹ הכוונה לחברות הפועלות בתחום הטלוויזיה המסחרית (קשת, רשת וערוץ 10), בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית (HOT ו-YES) ולרשות השידור הממלכתית.

²⁰ נמסר לי, כי בבדיקה שערכה תלי התברר כי על פי דיווחי ערוץ 2, ערוץ 10, הוט ויס אודות השימוש ביצירות אורקוליות ישראליות התואמות לסוג היצירות שנכללות ברפרטואר תלי בשנים 2004-2009, כ- 88% מהשימוש האמור היה ביצירות שנכללו ברפרטואר תלי.

3.3.3 תעריפי תלי

מרבית ההסכמים של תלי עם המשתמשים הינם עבור רישיון שמיכה (Blanket License), לפיו המשתמש משלם לתלי תמלוגים שמבוססים על סכום גלובלי קבוע מראש או שנגזר משיעור מוסכם מהכנסות המשתמש. התשלום נקבע עבור שימוש גורף ברפרטואר תלי לתקופת זמן נתונה.

נמסר לי, כי במשא ומתן עם המשתמש, תלי מציעה שיטת תמלוגים המבוססת על בסיס פרמטרים שונים, שמטרתם להעניק ליוצרים תמלוגים בהתאם לתועלת הנזקפת למשתמש משימו ש ביצירות האור קוליות שברפרטואר תלי. בין היתר, הפרמטרים שבהם נעשה שימוש הינם, כדלקמן:

1. משך השימוש ברפרטואר תלי מכלל שידורי המשתמש;
2. היקף השימוש של לקוחות המשתמש - למשל, שיעור הצפייה ברפרטואר על פי נתוני רייטינג;
3. מיקום הרפרטואר במסגרת השימוש; כגון: רצועת שידור בטלוויזיה - "פריים טיים", "אוף טיים" וכד'.
4. התרומה של רפרטואר תלי להכנסות המשתמש;
5. בלעדיות השימוש.

לדוגמא: תלי חתמה הסכם רישיון עם אתר האינטרנט "וואלה"²³, שמתבסס על הכנסות המשתמש המיוחסות לשימוש ברפרטואר תלי. לצורך זה, נמנה מספר הגולשים באתר אשר צפו ברפרטואר תלי בפועל, ונאספים נתונים אודות ההכנסות שקיבל האתר בגין צפיות אלה. בהתבסס על מודל כלכלי ומו"מ, תלי וואלה סיכמו על תמלוגים מההכנסות בשיעור מסוים מן ההכנסות.²⁴

דוגמא נוספת: לתלי הסכמים עם שני הזכיינים של ערוץ 2. בטרם ניהול המו"מ עם תלי תמחרה את דמי הרישיון שלה על פי בדיקה של היחס בין משך השימוש של רפרטואר תלי לבין זמן השידור הכללי של הזכייני ות. יחס זה עומד לה כ- 12%. שיקלול היחס האמור בבסיס התמלוג של 10% ביחד עם פרמטרים נוספים, כגון: רצועות שידור היצירות- רצועת "פריים טיים" וכד', הביא לשיעור שימוש משוקלל של 1.4% ולאחר משא ומתן הגיעו הצדדים לשיעור אחוזי מסויים הקרוב לשיעור השימוש המשוקלל.²⁵

²³ www.walla.co.il

²⁴ נמסר לי, כי הכנסות המשתמש בהסכם הוגדרו כסך כל הכנסות המשתמש, לרבות תשלום ישיר ו/או עקיף, ספציפי או כולל עבור תוכן וכן - **banners, pre-rolls, mid-rolls, post-rolls or other over and/or images and/or text lays, all in video**, שצמחו (ואשר דמי הרישיון לגביהם ישולמו לתלי רק לאחר קבלתם בפועל אצל המשתמש) ו/או נתקבלו במהלך התקופה הנוגעת בגין ו/או בקשר לשימושים כלשהם, לרבות שימושי המשתמש (כהגדרתם להלן) ביצירות הנמנות על רפרטואר לי שנעשו ו/או יעשו במסגרת האתר, וזאת בניכוי עמלות פרסום בשיעור מסויים כקבוע שם.

²⁵ נמסר לי, כי הכנסות קשת בהסכם הוגדרו כדלהלן: "בסיס ההכנסות בגין שידורים" - סך כל הכנסות המשוך שנתקבלו בפועל במהלך השנה הקלנדרית הנוגעת במסגרת ערוץ 2 ("שידורי קשת") הנכללות בהגדרת "הכנסות בעל זיכיון" לעניין תשלום תמלוגים לרשות השניה, וזאת לאור תקנות הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו (כספים),

3.3.4 גביית וחלוקת התמלוגים

תלי גובה תמלוגים בגין השימושים בפועל ביצירות ומחלקת אותם נטו²⁶ ליוצרים שביצירותיהם נעשה שימוש בפועל. תלי גובה בפועל את התמלוגים ומפיקה חש בוניות למשתמשים²⁷. התמלוגים שנגבים מהמשתמשים, מחולקים ליוצרים אשר ידועים ככאלה, אשר נעשה שימוש ביצירותיהם על ידי המשתמשים בתקופת זמן מוגדרת. חלוקת התמלוגים לחברי תלי מבוצעת על פי התפלגות השימושים ברפרטואר תלי בהתאם לפרמטרים שאומצו על ידי תלי. פרמטרים אלה שוויוניים לכל חברי תלי ונותנים ניקוד ל פי סוגה (ז'אנר) של היצירה, רצועת השידור בה נעשה שימוש ביצירה ("פריים טיים", "אוף פריים" וכו'), תדירות השימוש (לדוגמא: שידור חוזר בתוך 24 שעות) ובטלוויזיה רב ערוצית גם ל פי ה ערוץ בתוך חבילת ערוצים. יצוין, כי הפרמטרים ל חלוקת התמלוגים נדונים בוועדות רפרטואר מקצועיות, שמגישות המלצות לאישור הדירקטוריון²⁸.

3.3.5 גביה וחלוקת תמלוגים על שימושים ביצירות בחו"ל

תלי חברה בארגון הבינלאומי של אגודות²⁹ המנהלות זכויות יוצרים CISAC³⁰. נמסר לי מתלי שקיימת התעניינות מצד ארגונים מקבילים לתלי י בחו"ל בנוגע לשימושים שנעשים בישראל ברפרטואר שהם מייצגים. למשל, תלי קיבלה מהארגונים בספרד ופולין רשימה של יצירות ישראליות שנעשה בהן שימוש בערוצי הטלוויזיה המקומיים בשנת 2009. להערכתם, באותה שנה נעשה שימוש ב-57 יצירות ישראליות בספרד ו-100 יצירות ישראליות בפולין.

נמסר לי, כי תלי מנהלת מו"מ עם אותם ארגונים לחתימת הסכמים חד צדדיים והדדיים, על מנת לייצג זכויות של יוצרים אור קוליים זרים, אשר נעשה שימוש ביצירותיהם בישראל. היוצרים הזרים לא יהיו חברים בתלי, אך תלי תייצג אותם מתוקף חברותם בחברה הבינלאומית המתקשרת עם תלי CISAC. כך גם יהיה לגבי היוצרים הישראליים בחו"ל.

במסגרת חברותה של תלי ב- CISAC, תלי התבקשה להסב את מסד הנתונים שלה לסטנדרט האחיד של אגודות החברות ב- CISAC, על מנת שניתן יהיה ליעל את הקשר ההדדי בינה לבין חברות תמלוגים בעולם וזאת עד לשנת 2012.

התשנ"ב - 1992, וזאת בניכוי (אם ובמידה שלא נוכח במסגרת הגדרת "הכנסות בעל זיכיון" האמורה) כל אלה: מס ערך מוסף; תשלומי חובה המפורטים להלן: (1) השקעה בציוד, דמי אחזקה ותפעול שוטפים שחברת החדשות של הערוץ השני, על פי סעיף 70 לחוק הרשות או מכוח כל מקור חיוב אחר בדיון; (2) דמי זיכיון שנתיים ו/או תמלוגים לרשות ו/או לאוצר המדינה, על פי סעיפים 99 ו-100 לחוק הרשות או מכוח כל דין אחר; (3) דמי זיכיון בגין הארכת הזיכיון של המשדר; (4) אגרות תדריס על פי פקודת הטלגרף האלחוטי [נוסח חדש], תשל"ב - 1972, וכל תשלום חובה מקביל, לרבות מכרז על הזכות לעשות שימוש בתדר.

²⁶ בניכוי הוצאות תלי.

²⁷ חלוקת התמלוגים ליוצרים אשר התבצעה בעבר בכ-3-4 מועדים שונים במהלך השנה מתבצעת כיום כמעט מידי חודש.

²⁸ כפי שנמסר לי ובהמשך לאמור בתצהיר של אבי שמש בחליף זה, פרק 4.

²⁹ בהמשך תפורט פעילות ארגוני זכויות יוצרים של יוצרים אורקוליים בעולם.

³⁰ <http://www.cisac.org>

³¹ בנוסף, נמסר לי כי תלי הוזמנה להצטרף במעמד של משקיף לארגון SAA המייצג חברות אורקוליות אירופאיות בלבד.

3.3.6 אכיפה במקרים של הפרת זכויות

תלי מבצעת גם פעולות מעקב, איתור ותיעוד של השימושים ברפרטואר היצירות של חבריה שהועברו לניהולה. זאת על מנת לאכוף את זכויות היוצרים של חבריה, ולמנוע מצב בו נעשים שימושים בזכויות חבריה ללא תמלוגים מתאימים בגינם. המדובר במכלול פעולות חיוניות לאכיפת זכויות חברי תלי. בנוסף, תלי גם מבצעת את גביית התמלוגים על פי הנקוב ברשיונות ועוקבת אחר מעשה הגביה עד לחלוקת התמלוגים. אם המעקב אחר השימושים מגלה כי נעשו שימושים שלא ניתן בגינם רישיון ו במקרה הצורך - תלי נוקטת בצעדים משפטיים, נגד משתמשים המפרים את הזכויות של חברי תלי. מן הראוי לציין כי פעולות המעקב האיתור והתיעוד נעשים בצורה מסודרת מול המשתמשים ובהם גופי השידור העיקריים במדינה, כאשר אלה מוסרים לתלי דיווח כולל מסודר על כלל השימושים שעשו ברפרטואר כלל חברי תלי. באופן זה נחסך הצורך המעקב פרטני אחר השימוש ביצירה מסויימת, לצורך יוצר מסויים.

3.3.7 סיוע וייעוץ לחברי תלי

נמסר לי, כי תלי מסייעת לחבריה במידע בכל הנוגע לשמירה על זכויותיהם לתמלוגים. תלי מעניקה יעוץ משפטי לתסריטאים ובמאים החפצים בכך, על מנת להבטיח את השמירה על זכויותיהם.

נמסר לי, כי תלי פועלת גם במישור הציבורי, החקיקה והרגולציה לקידום זכויות התסריטאים והבמאים וההכרה בהן³². כמו כן, כאמור לעיל, תלי מייצגת את ציבור היוצרים האור קוליים הישראליים במסגרת חברותה באיחוד הבינלאומי של אגודות CISAC³³ החל משנת 2007.

3.4 התשתית הטכנית של פעילות תלי

להלן פירוט של התשתית הטכנית עליה מושתתת פעילות תלי:

3.4.1 עובדי תלי

החברה מונה 7 עובדים, להלן פירוט תפקידם:

³² לפירוט, ראה תצהירו של אבי שמש בהליך זה, סעיף 4.11, עמ' 19, אודות הייצוג של תלי את האינטרס של התסריטאים והבמאים בנוגע לחקיקת חוק היוצרים.

³³ ראה אתר האיגוד: <http://www.cisac.org>

מנכ"ל תלי - למנכ"ל אחריות כוללת על פעילות החברה וניהול משא ומתן מול המשתמשים להשגת רישיונות.

מחלקת תיעוד :

המחלקה מונה 4 עובדים - אחראית תיעוד ו- 3 עובדים נוספים. המחלקה אחראית על קבלת דיווחים אודות השימושים ביצירות על ידי המשתמשים השונים ושייך יצירות אלה ליוצריהן. במחלקה אחראי סוגות אשר תפקידן למיין את היצירות השייכות לפרטואר תלי ולהחליט על הסוגות המתאימות ליצירות. המחלקה אחראית על עדכון מסד הנתונים של תלי.

אחראית חברים ומשרד – התפקיד כולל טיפול בקבלת חברים חדשים לתלי, פניה ליוצרים לשם בדיקת זכויות החברים בהסכמים, קבלת אישור מיוצרים על נכונות הפרטים ביצירותיהם ואחריות על הפעילות האדמיניסטרטיבית של החברה.

אחראי כספים וחלוקה - עובד זה אחראי על גביית ה- תמלוגים מהמשתמשים, חישוב החלוקה והעברת התמלוגים ליוצרים, תשלומים לספקים, הכנה ומעקב תקציב, הכנת הדוחות כספיים של החברה וריכוז נתוני שכר לעובדים.

3.4.2 מערכות מחשוב ותוכנות מיוחדות

לצורך הפעילות השוטפת של החברה, תלי מחזיקה 2 שרתים ו- 7 עמדות מחשב. אחזקת המחשבים והשרתים מתבצעת ע"י חברה לניהול רשתות. שמירה ואבטחת המידע של החברה מתבצעת על ידי חברה חיצונית לשמירה ואחסון מידע.

בנוסף, תלי נעזרת במספר תוכנות ומערכות מחשוב מיוחדות, כדלקמן:

תוכנה המרכזת את רשימת היוצרים - חברי תלי, נתוני היצירות האור קוליות והזכויות באותן יצירות, וכן את תיעוד השימושים של אותן יצירות. בתוכנה מותקן אלגוריתם לחישוב חלוקת התמלוגים וחשבוניות לתשלום על בסיס מקדמי החלוקה שנקבעו על ידה. מערכת זו הינה ייחודית ופותחה עבור תלי תוך שימוש בבסיס נתונים SQL. התוכנה פותחה ומתוחזקת על ידי אחראי מערכות מידע של החברה המועסק בהיקף של כ-100 שעות לחודש.

מערכת "SageTV" שמקליטה שידורים ממספר ערוצי טלוויזיה, לשם מיון שידורים ויצירות.

מערכת ניהול חשבוניות וסליקה בנקאית.

3.5 ניהול זכויות היוצרים על ידי תלי בתחומי הפעילות השונים

סוג הרישיון ואופן ההתנהלות של תלי מול המשתמש משתנה בהתאם לאופי פעילותו. להלן תחומי הפעילות השונים בהם תלי פועלת:

3.5.1 תאגידי שידור³⁴

תלי פועלת מול תאגידי השידור בתחום הטלוויזיה. בתחום זה, יצירות אור קוליות הן המוצר העיקרי אשר משודר לקהל הצופים. נמסר לי, כי היצירות האור קוליות המקוריות, שנכללות ברפרטואר תלי, נמצאות בליבת הפעילות של תאגידי השידור וכי היצירות האור קוליות המיוצגות על ידי תלי זוכות לפופולאריות אצל קהל הצופים במהלך עשרים השנים האחרונות והן מהוות את הרפרטואר המרכזי שבו נעשה שימוש, על ידי תאגידי השידור בישראל.

להלן גופי השידור אשר חתומים על הסכמי רישיון עם תלי:

סוג	שם הערוץ / גוף שידור	מספר תאגידים	מספר ערוצי שידור
טלוויזיה ציבורית	הרשות השנייה	1	2
טלוויזיה ציבורית	טלוויזיה חינוכית	1	3
טלוויזיה ציבורית	רשות השידור	1	2
טלוויזיה מסחרית	ערוץ 10	1	1
טלוויזיה מסחרית	זכייניות ערוץ 2 ³⁵	2	1
טלוויזיה מסחרית	ערוץ המוסיקה 24	1	1
טלוויזיה רב ערוצית	לוויין	1	מעל 130 ³⁶
טלוויזיה רב ערוצית	כבלים ³⁷	1/3 ³⁸	מעל 150 ³⁹
טלוויזיה מסחרית	גה תקשורת	1	3
סה"כ		10	כ-293

חלק עיקרי מההסכמים עליהם חתומה תלי הינם הסכמים גורפים, כלומר, הסכמים המאפשרים למשתמש שימוש בכל היצירות שזכויותיהן מצויות בידי תלי. הסיבה לכך היא אופי השימוש שהגופים עושים ביצירות. גופי השידור מעוניינים בגישה למגוון רחב של יצירות לצרכי שידור. תחנת טלוויזיה ש משרתת לציבור הרחב מבקשת רישיון, אינה מעוניינת להגביל את מגוון היצירות שבהן היא יכולה לעשות שימוש.

³⁴ בין המשתמשים בישראל של יצירות אור-קוליות תופסת תעשיית שידורי הטלביזיה נתח משמעותי. על מנת לקבל מושג אודות התעשייה ומשמעותה ליוצרים של יצירות אור-קוליות מקומיות מוצגת בנספח ב' סקירה של תאגידי השידור העיקריים המהווים את המשתמשים המרכזיים לכל היוצרים בכלל ואלה המאוגדים באמצעות תלי, בפרט.

³⁵ "קשת" ו-"רשת".

³⁶ הנתונים נלקחו מאתר חברת שידורי הלוויין: <http://www.yes.co.il/YesAbout.aspx?type=about>

³⁷ בעת כתיבת חו"ד מתנהלת בוררות מול זכיינית הכבלים, הוט.

³⁸ חברת התקשורת בכבלים, החלה לפעול בשנת 2003 כמותג משותף של חברות הכבלים "תבל", "ערוצי זהב" ו"מת"ב."

³⁹ הנתונים נלקחו מאתר חברת התקשורת: <http://www.hot.net.il/heb/About/AboutHot/>

הפרק הבא יידון במעמדו וכוחו של היוצר הבודד מול המשתמשים בשוק.

4. היחסים בין היוצר הבודד לבין ציבור המשתמשים⁴⁰

4.1 מבוא

בפרק זה נסקור את תהליך ייצור היצירה האורקולית ואת תכונותיו. בין היתר, נברר את מסכת הקשרים שבין היוצר של היצירה לבין המשתמשים בה ונבחן את כוח המיקוח היחסי של כל אחד מהצדדים להתקשרות. לצורך הניתוח יוגדרו תחילה המונחים שבהם נעשה שימוש בפרק זה ובהמשך חוות הדעת ולאחר מכן יוסבר התהליך שעובר היוצר עד לשלב השימוש ביצירה.

4.2 מונחים והגדרות

יצירה אורקולית משלבת את יכולותיהם היצירתיות של יוצרים שונים המשלימים זה את זה. היצירה יכולה להיות ישראלית או זרה. בדרך כלל, היצירה מסווגת על פי ז'אנר (סוגה), כגון: דרמה, דרמה יומית (טלנובלה), שעשועונים, סרטים, סרטי טלוויזיה, תוכניות ילדים, משדרי ספורט, סדרות דוקומנטריות ועוד. מבין היוצרים, התסריטאי והבמאי נחשבים למרכזיים בפיתוח של היצירה האורקולית.

התסריטאי - הוא היוצר המפתח את התשתית של היצירה בבחינת "יש מאין": מהדף הריק אל התסריט המהווה את הבסיס ליצירה האורקולית.

הבמאי - מחבר את התסריט עם רכיביו האומנותיים: בחירת והדרכת השחקנים, פס הקול, בחירת המיקומים, זוויות הצילום, התאורה ועיצוב התפאורה. הבמאי מביא למעשה להגשמה מימוש החזון הרעיוני של התסריט; זאת, תוך מימוש תפיסתו הטקסטואלית והויזואלית כבמאי.

המפיק - הוא החוליה המקשרת בין היוצרים לבין המשתמשים ביצירה. המפיק מתקשר מצד אחד עם היוצרים, ומן הצד השני עם המשתמשים, שלהם הפלטפורמה שמאפשרת את יישום היצירה; כגון, מדיית שידור לסוגיה: HOT, YES, זכייני הטלוויזיה המסחרית, רשות השידור וכד'.⁴¹ נראה, כי לעת הזו הפלטפורמה העיקרית שמעבירה תכנים אורקוליים היא הטלוויזיה, על שלל ערוציה וחבילותיה. לצדה קיימות פלטפורמות תקשורת נוספות כגון: ספריות וידאו, שידורי וידאו ברשת האינטרנט, טלפון סלולארי, בתי קולנוע, מיצגים לקהל, ועוד. קבוצת הפלטפורמות אינה סגורה והיא תלויה טכנולוגיות; ככל שאלו מתפתחות הן מאפשרות הרחבה של העברה של תכנים אורקוליים לציבורים רחבים ומגוונים יותר ובאופן נגיש יותר. ראוי לציין במיוחד את רשת האינטרנט כמרחיבת שימוש בולטת של יצירות אורקוליות.

⁴⁰ פרק זה מתבסס, בין היתר, על חו"ד בארי ותצהירו של אביב שמש.
⁴¹ הפלטפורמות לעתים רוכשות ולעתים מפיקות בעצמן תכנים וגם ערוצים.

4.3 ייחודיות היצירה

ייחודיותן של היצירות האורקוליות, בדומה ליצירות מסוגים אחרים, כמו יצירות מוזיקליות, ספרותיות, עיצובים ופיתוחים מוגנים הוא בכך שאף אחת מהן אינה זהה לרעותה, ובכל אחת מושקעת מחשבה ויצירתיות החיוניים כדי לשמש את מקור הייחודיות שלה. אומנם, קיים מגוון רחב של סוגות של יצירות, כאשר לכל סוגה קווים ומוטיבים המאפיינים את היצירות המסוגות אליה, אך סיווג של יצירה לסוגה אינו מונע את הייחודיות שלה.

4.4 שלבי פיתוח היצירה

התסריטאי הוא הנושא העיקרי בנטל פיתוח היצירה. בדרך כלל, הבמאי נכנס לעובי קורת הפיתוח כאשר בידו נמצא כבר תסריט, ברמה התחלתית לפחות. להלן יתואר תהליך הפיתוח במשולב בין התסריטאי לבמאי, בהתאם לעניין.

תהליך הפקת היצירה מראשיתו של רעיון ועד להשלמת הפקת היצירה ניתן לתיאור בארבעה שלבים: ייצור הרעיון והתפיסה, התקשרות ראשונית, פיתוח והתקשרות סופית והפקה.

1. ייצור הרעיון והתפיסה - נמסר לי, כי תקופת "הדגירה" של יצירה אור-קולית כוללת את הגיית הרעיון המקורי של היצירה ועיצוב התפיסה העקרונית ליישומה, בין אם במסגרת עצמאית או על פי הזמנה של מפיק עצמאי או משתמש סופי לפיתוח יצירה בז'אנר מסוים.

ליוצר אשר יוזם יצירה, בין אם תסריטאי או במאי, קיימת תקופת דגירה ארוכה יחסית, שבמסגרתה עולה הרעיון ליצירה ונעשה פיתוח של התפיסה, של אופן הטיפול ברעיון ושל המבנה של היצירה המוצעת. הניסיון מראה שתקופת הדגירה יכולה לנוע בין חודשים ספורים ועד למספר שנים.

שלב זה הוא משמעותי ביותר ובסופו, כאשר מתגבש הרעיון, מעלה אותו היוצר על הכתב כתמצית של נושא היצירה ועלילתה הכללית ("סינופסיס").

ניתן לדמות תקופה זו למחקר ופיתוח ראשוני של מוצר שלעיתים מביא לפריצת דרך ולעיתים נכשל, או מקבל פנים שונות מהרעיון המקורי. כך, חלק מהיצירות אשר היוצר השקיע בהן זמן, אינן מגיעות ל"קו הייצור" כלל וחלקן משנות את אופיין ורוחן.

גם יצירות, אשר הוזמנו מראש על ידי מפיקים או משתמשים סופיים, נדרשות לתקופת דגירה, אם כי קצרה יותר, בדרך כלל, שכן, לעיתים, הרעיון מוצג ליוצר בתחילת התהליך ברמות שונות של פירוט, והוא מפתח את התפיסה על פי אותו רעיון יסודי. יש לציין כי, בדרך כלל, למפיק או למשתמש שמורה הזכות גם לגבי יצירות אלה שהוזמנו על ידם – לגנוז את היוזמה להפקתן בכל שלב, ולא לשדרן.

2. התקשרות ראשונית – כאשר יש בידי היוצר סינופסיס, שלדעתו ראוי להפקה, הוא ינסה לעניין מפיק ביצירה או לקבל מימון לפיתוחה ממשתמש מתעניין.

בדיקה שנעשתה בעבר העלתה, כי ההסתברות להיענות חיובית מצד גופי שידור או קרנות הקולנוע הינה כ-10% וככל שמדובר ביוצר חדש, ההסתברות נמוכה יותר⁴².

במקרה בו מדובר ביצירה שהוזמנה על ידי מפיק או משתמש, ההסתברות שההתקשרות הראשונית עם היוצר תגיע לידי הפקה בפועל היא גבוהה יותר, עם זאת, היא עדיין אינה מובטחת. ולא אחת, על היוצר לפתח על חשבון זמנו ובמימונו מספר רעיונות חלופיים לצורך ההתקשרות הראשונית.

משעה שבוצעה ההתקשרות הראשונית אין שוני משמעותי בתהליך שעובר יוצר יזם או יוצר שהוזמנה ממנו יצירה.

3. פיתוח - לאחר התקשרות עם מפיק או משתמש, או לחילופין, קבלת תמיכה כלשהי (כמו תקציב מקרן ייעודית) לפיתוח, עוסק היוצר בפיתוח הרעיון (סינופסיס) לכדי תסריט מפורט של סרט או פיתוח פרקי סדרה. בשלב זה עשוי להיות מעורב במאי, אך אין בכך הכרח. במקרה של סדרה, מדובר גם בפיתוח מסמך הנקרא "בייבל" המהווה כשמו את "התנ"ך" של הסדרה, וכולל פירוט של הדמויות וקווי העלילה.

שלב זה מאופיין בהשקעה רבה של היוצר, בעיקר של זמן, המתבטאת בתקופות שיכולות להגיע לשנתיים. בנוסף קיימות לעיתים תקופות המתנה ארוכות לקבלת אישור ביניים ואישור סופי של הפרויקט. בדרך כלל, המימון החיצוני, אם קיים, בשלב זה מצומצם יחסית, שכן רק בסיום שלב הפיתוח יוחלט אם להפיק את היצירה הספציפית, ככתבה, או לנסות לפתח יצירה חלופית עם היוצר הספציפי, או לפנות לכיוונים אחרים. בדיקות שנעשו בעבר העלו, כי ההסתברות שיצירה תקבל תקציב פיתוח נאמדת בכ-10%, וככל שפותחה, ההסתברות שהיצירה תעבור לשלב ההפקה נאמדת בכ-25%⁴³. הסיכוי שיצירה שפותחה תגיע עד לשלב ההפקה מוערך כ-2.5% בלבד⁴⁴. בתחילת שלב הפיתוח, יחתמו בד"כ המפיק והיוצר על הסכם פיתוח; זאת, על בסיס הסכם שנחתם, אם נחתם, בין משתמש והמפיק. לעיתים ייקבעו בהסכם זה עקרונות כלליים להמשך התקשרות במידה ותיעשה. ניתן לראות בסכום הכספי הנמוך יחסית, שמסכים היוצר לקבל בשלב זה כמבטא את רצונו להמשיך בפיתוח עד כדי נכונות לשאת בחלק משמעותי של סיכון הפיתוח, בבחינת להמשיך בפיתוח של היצירה כמעט "בכל מחיר". ככל שהיוצר השקיע יותר בשלב פיתוח הרעיון, כך גדול יותר רצונו להביא רעיון זה למימוש. כבר בשלב זה, קיימת א-סימטריה בולטת בין היוצר הנמצא בעמדה נחותה לבין המשתמש, שעד כה לא סיכן דבר ובידו מצוי צבר של יצירות והצעות מיוצרים שונים ומגוונים. התוצאה של מצב דברים זה היא סוג של כשל⁴⁵: היוצר שהשקיע יותר, מוכן להתפשר על "פחות" תמורה מיידית על מנת להביא למימוש היצירה

⁴² חו"ד בארי, עמ' 6.

⁴³ שם, עמ' 8.

⁴⁴ שם, שם.

⁴⁵ מעין ויתור שמקורו איננו בשיקולים כלכליים גרידא.

ושידורה. הוא מוכן לקבל סכום כספי נמוך לפיתוח היצירה גם משום ששאין בידו אומדן לשווי היצירה ומידת הצלחתה בעתיד.

4. **הפקה** - כאשר נפלה ההחלטה להפיק את היצירה, הבמאי והתסריטאי יקבלו שכר, כל אחד עבור עבודתו. יתר הכנסותיהם מהיצירה ימומשו רק אם וכאשר ייעשה בה שימוש בפועל. יש לציין, כי גם בשלב ההפקה ובסיומה אין ערובה כי היצירה תמומש, כך שהכנסות משימוש בה אינן מובטחות.

להלן תרשים המציג את תהליך פיתוח היצירה, לצד גורמים המעורבים בתהליך:

תרשים מס' 1



בשלב בו מגיע יוצר אל מפיק או משתמש, הוא מחפש, בין היתר, מימון, גם אם חלקי, להמשך פיתוח היצירה ולהפקתה. בדרך כלל, היוצר יגיע למו"מ לאחר שהשקיע זמן ומשאבים בשלבים ראשוניים של הפיתוח על חשבונו ותוצאות המו"מ עשויות לאפשר לו המשך של פיתוח או ירידה לטמיון של השקעתו המצטברת. אמנם קיימות בפני היוצר אפשרויות לפנות ל מספר צרכני תכנים אולם, בשוק הישראלי בכלל ובשוק השימושים בפרט, על שלל ערוציו, מרוכזת השליטה בידי גופים מעטים⁴⁶ והם שקובעים במישרין או בעקיפין את גורל היוצרים. בנוסף על כך קיים בידול מסויים בין הגופים הללו (המשתמשים) כך שלא בהכרח ניתן להפנות כל יצירה לכל משתמש.

⁴⁶ מדובר בעיקר בחברות הטלביזיה הרב ערוצית, זכייני הטלביזיה המסחרית ורשות השידור.

4.5 מעמד היוצר מול המפיק והמשתמש

בשלב ההתקשרות של היוצר עם המפיק או המשתמש, היוצר מתקשה בהערכת ההסתברות של הפקת יצירתו, השימוש שייעשה בה והמאמץ שיעשה לקידומה. קיימת אי ודאות לגבי ההצלחה של היצירה, התלויה הן ביוצר והן במפיק ובמשתמש. גם לאור זאת, נראה כי התחייבות חוזית בין המפיק ליוצר, הנעשית בנקודת הזמן של תחילת ההפקה, תתקשה לשקף באופן נאות את התמורה המגיעה ליוצר לאורך זמן. מנגנון של דמי רישיון לאורך זמן, המבוסס על שימוש ביצירה, יהווה מתן תגמול הולם יותר ליוצר בזיקה להצלחת היצירה. בפרט, כאשר העלות השולית של שכפול או שידור נוסף, הינה נמוכה יחסית לעומת ההשקעה הנדרשת ליצירת היצירה.

לנוכח ההערכה, שבמוצע, ההסתברות שיצירה שהופקה תועלה בסופו של דבר לשידור היא כ- 80%⁴⁷, אזי אומדן הסתברות ההצלחה של יצירה, החל מסינופסיס ועד העלאה לשידור, הוא כ- 2% בלבד. הסתברות זו אינה כוללת יצירות אשר היוצר לא הגיש כלל לפיתוח ופסל בעצמו.

אם נביא בחשבון את האומדן האמור, ברי, כי ככלל, בכל שלבי ההתקשרות, החל משלב ההתקשרות הראשונית, דרך השלב החלופי של התקשרות במעבר מפיתוח להפקה, אי הוודאות המתבטאת בשיעור הנמוך של ההסתברות להצלחה, תורמת באופן מהותי לנחיתות של היוצר מול המפיק והמשתמש, שלהם יש אמצעים שעשויים לשפר במידה כזו או אחרת את הסתברות ההצלחה של היצירה ולהם צבר של יצירות.

יתירה מזו, בשלבי ההתקשרות האמורים, היוצר כבר השקיע זמן, וממון בתהליך היצירה, הוא מחויב לתהליך ויותר מכל מעוניין בהגשמתו ומימושו. עיקר עניינו במימון פעילותו, בתמלוגים כתמורה ובהבעה עצמית. יש לו עניין להיות מוערך בתחומו, אך פרט ליצירה, אין לו שליטה על גורמי ההצלחה האחרים. לא אחת הוא עורך חשבון של "הוצאות אבודות" בכל הקשור להשקעת זמנו וכספו עד לנקודת הזמן של ההתקשרות והוא רואה בהן סוג של "עלות שקועה", שאותה הוא מבקש לשקם.

כתוצאה מכך, היוצר מגיע ל שלבי ההתקשרות ב מצב בו אי מימוש היצירה מהווה ירידה לטמיון של כל השקעתו כאשר המפיק והמשתמש כמעט ולא השקיעו מאומה ביצירה, ובדרך כלל, יש בפניהם פורטפוליו של יצירות וצבר של הצעות ליצירות נוספות להפקה ולשימוש מיוצרים נוספים, שכבר השקיעו את זמנם ומרצם, כל אחד בחיבור יצירתו שלו. זאת ועוד, המשתמש שמבקש למקסם את התועלת הכלכלית מהיצירה המופקת, בידו להחליט באיזה אמצעים לקדמה, כגון: באיזה ערוץ לשבצה, באיזה לוח זמנים, והאם לקדמה באמצעי קידום מכירות כגון קדימון לתוכנית, השקה של סידרה וכד'. בידיו גם המידע אודות הצלחות וכישלונות קודמים של היוצר והסוגות השונות. כך, קיימת א-סימטריה יסודית בשלבי ההתקשרות בין היוצר מחד והמפיק והמשתמש מאידך; וזו מתורגמת לנחיתות של היוצר, כאמור.

הכלכלנית פרופ' Towse מדגימה את הא-סימטריה כדלקמן:

⁴⁷ שם, עמ' 9; כאמור לעיל, שידור הוא השימוש השכיח של יצירה אורקולית.