

"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"⁴⁸.

כך, עלות ההשקעה, וההסתברות הנמוכה להצלחה מבהירים את הקושי וחוסר הוודאות בה נמצא היוצר ואת תלותו במשתמשים, אשר יחליטו האם יצירתו תצא לאור ותתממש כלכלית.

סוג של מענה לסוגיית התלות הא-סימטרית שנוצרת בין היוצר והמשתמש, לאורך זמן, מהווה מנגנון דמי הרישיון שמשלם המשתמש לתלי ותלי מחלקת לחבריה. הוא מהווה גם תמורה ליוצר בזיקה להצלחת היצירה וכן ביטחון כלכלי מסוים ליוצר ושאריו על בסיס השימוש ביצירתו. כך, לא רק נאכפת זכות היוצרים אלא גם מופחתים במידה מסוימת היתרונות של המשתמש מול היוצר בכוח המיקוח ובא-סימטריה של השימוש באמצעים לקידום היצירה.

כך, אכיפת זכות היוצרים בדרך זו היא חיונית גם מבחינת הצורך בקיום מערך תמריצים כלכלי שלם ונכון: היא יוצרת תמיהל נכון של סיכון וסיכוי ומתמרצת את היוצר לעשות כמיטב יכולתו בידיעה שהצלחה תביא לתגמולו, כשהמשתמש מצדו נהנה מההצלחה אל מול מתחריו.

4.6 מבנה עלויות הייצור של היצירה

כאשר היצירה היא פרי היוזמה של היוצר, עליו להשקיע סכום בכסף או שווה כסף שעשוי להיות גבוה יחסית מבחינתו. סכום זה משקף את העלות האלטרנטיבית של הזמן המוקדש ליצירה ולעתים גם הימנעות מתעסוקה מלאה אחרת; וזאת, בנוסף למימון שכירת מקום עבודה, הוצאות משרדיות, נסיעות ופגישות עבודה לצורך תחקיר או גיבוש הפרויקט ועוד. בגין עלות זו היוצר רואה לפניו הסתברות אפרורית של הצלחת היצירה בשיעור של כ-2%.

עם סיום היצירה, העלות הישירה הכרוכה בשימוש ביצירה מוגמרת עניינה בעיקר בהוצאות שיווק ומשא ומתן בתוספת עלויות ש כפול. ואולם, ניהול הזכויות של היוצר ביצירה נדרש לעלויות נוספות שעניינן מעקב אחרי השימושים שנעשים בפועל ביצירה, גביה של תמלוגים משימושים אלה ואכיפה של הזכויות האמורות.

Ruth Towse, Copyright Policy, Cultural Policy and Support for Artists in The Economics of Copyright in Research and Analysis, 2003, Edgar Elgar, P 63.

מצב של עלויות ייצור וחזרה גבוהים יחסית לתגמול כספי נמוך עלול להביא למצב של ייצור בחסר או באיכות נמוכה של היצירות ועל ידי כך , לפגוע בהתפתחות סל היצירות שעומד לרשות המשתמשים וכתוצאה מכך ל הטיל צל על התפתחות התרבות בישראל. מאידך, אכיפת זכויות היוצרים של היוצר וקיום מנגנון של תמלוגים עבור שימושים ביצירה מהווה ערובה לשיווי משקל נכון יותר, הן בהיקף היצירות והן באיכותן, משום שהתמריץ ליוצר ליצור בכלל, ויצירות באיכות טובה בפרט הוא בהלימה עם זכויות היוצרים המתוגמלות שלו.

4.7 סיכום ביניים

תהליך ייצור היצירה האורקולית , ההשקעה הגבוהה יחסית של היוצר הבודד בפיתוח היצירה ושיווקה, ההסתברות הנמוכה מראש למימושה ולהצלחתה של היצירה מנקודת מבטו , אמצעי השיווק שעומדים לרשות המשתמשים ופערי המידע שקיימים בין היוצר והמשתמש , יוצרים תלות של היוצר במשתמשים ובפלטפורמות שברשותם . ביחסים אלה שולטת א-סימטריה בין הצדדים להתקשרות: היוצר, מחד והמשתמש, מאידך.

מצב זה עשוי לגרום לפעילות בחסר של היוצרים ולפגיעה ב"עוגת היצירה" ובגיבושה ושימורה של תרבות בישראל. א-סימטריה בין היוצרים למשתמשים מוצאת ביטוי לא רק בשכר נמוך אלא באי יכולת היוצרים לממש זכויות היוצרים שלהם, בשל הנחיתות הבולטת של רובם.

איזון ביחסים שבין היוצר למשתמש אפשרי על ידי הקטנת נטל העלויות הכרוכות בתהליך היצירה, תמחור סביר של זכויות היוצרים של היוצר ואכיפת זכויות אלו. אלה ניתנים להשגה על ידי יצירת מנגנון סיוע ליוצר מימוש זכויותיו ותיקון חלקי של הא-סימטריה המובהקת שקיימת בין המשתמש ליוצר הבודד על ידי הקמת גוף שעיסוקו במו "מ עם המשתמשים בשם היוצר על תנאי השימוש וגביית התמלוגים הכרוכים בשימוש ביצירות , המסייעים ליוצר הבודד . בפרק הבא נברר את האלטרנטיבה של ניהול פרטני של הזכויות על ידי היוצר הבודד לעומת החלופה של ניהולן באמצעות גוף כאמור, ולענייננו, תלי.

5. ניהול משותף לעומת מתכונת אפשרית לניהול פרטני של זכויות יוצרים

5.1 מבוא

בראשית שנת 2011 היו רשומים בתלי 1316 חברים, חלקם תסריטאים בלבד (585), חלקם במאים בלבד (197) ואחרים שמסווגים הן כתסריטאים והן כבמאים (534)⁴⁹. חברי תלי העבירו את זכויותיהם בכ-44,100 יצירות פרטניות לחברה⁵⁰, שמנפקת רישיונות לשימוש ברפרטואר כולו. אך, כיוון שליצירה פרטנית ייתכנו מספר יוצרים שהם חברים בתלי, מספר הזכויות ביצירות הרשומות בתלי מגיע לכ-135,850⁵¹.

בפרק זה נבחן את המשמעות של ניהול זכויות היוצרים באמצעות תלי לעומת האלטרנטיבה של ניהול על ידי היוצרים עצמם באופן פרטני; וזאת, ביחס לאוכלוסיית המשתמשים על גווניה השונים. בהקשר זה, נמנה את סוגי המשתמשים ואת המורכבות של ההתקשרויות האפשריות עם כל אחד מסוגי המשתמשים.

5.2 ניהול זכויות פרטני

באופן כללי, ניהול הזכויות מורכב ממספר פונקציות עיקריות, כדלקמן:

1. הכנת תשתית הפעילות;
2. משא ומתן וחתימת הסכם רישיון עם המשתמש (לתקופה מוגדרת) ותחזוקת ההסכם בשנים שלאחר מכן (פונקציות כינון ותחזוקת העסקה);
3. גבית תמלוגים מכל משתמש (פונקצית הגביה);
4. איסוף דיווחים על השימושים ביצירות אצל כל משתמש (פונקצית המעקב אחרי השימושים);
5. אכיפת הסכמי רישיון או איתור משתמשים ללא רישיון וטיפול משפטי, במידת הצורך (פונקצית האכיפה).

הפונקציות הללו מרכיבות גם את הניהול המשותף שמבוצע על ידי תלי, כשאליהן מתווספות פונקציות נוספות, כמפורט בסעיף 3.1 ובסעיפים אחרים של פרק 3, כגון: סיוע ויעוץ לחברים בכל הנוגע לשמירה על זכויותיהם לתמלוגים, פעילות ציבורית בתחומי החקיקה והרגולציה לקידום זכויות ציבור התסריטאים והבמאים ולהכרה בהם וטיפול ביוזמות חקיקה שעניינן זכויות חברי

⁴⁹ נמסר לי, כי הסיווג מתבצע על ידי היוצר.

⁵⁰ נמסר לי כי מעבר לכ-44,100 הרשומות במסד הנתונים של תלי, קיימות יצירות נוספות שהיוצר העביר לתלי את ניהול זכויותיו בהן. היצירות הללו לא נכללות במסד הנתונים של תלי היות והמשתמשים טרם דיווחו על שימוש בהן, אך הן נכללות ברפרטואר שתלי נותנת בגינו רישיון גורף למשתמשים.

⁵¹ יצוין כי ניהול זכויות של יוצרים אורקליים התבצע בעבר, טרם היווסדותה של תלי, באקו"ם.

תלי וכן ייצוג ציבור היוצרים האור קוליים הישראליים במסגרת החברות בארגון הבינלאומי של חברות התמלוגים CISAC.

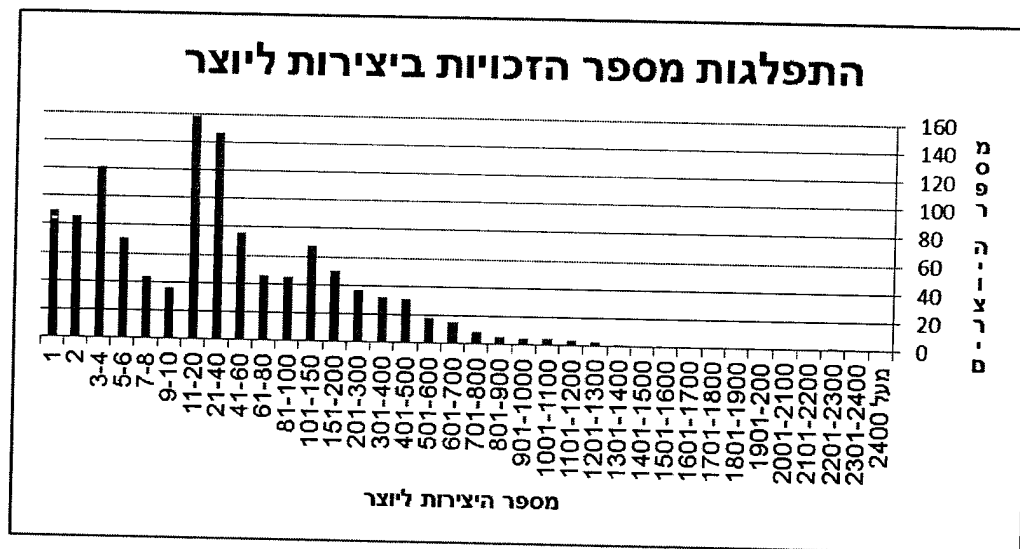
הפונקציות שעניינן ביצוע התקשרות בין היוצר למשתמש מורכבות למדי, הן בהיקף והן במהות. מורכבות זו תלויה, בין היתר, במספר הקשרים האפשריים בין היוצרים והמשתמשים, שהם שונים מהותית בין החלופה של ניהול פרטני לבין זו של ניהול משותף, כמוסבר להלן.

5.3 המורכבות של התקשרות פרטנית לעומת התקשרות עם תלי

ההתפלגות של כלל היצירות המוגנות ברפרטואר תלי בין היוצרים שלהם זכויות ביצירות אלו אינה אחידה, כפי שמורים תרשים מס' 2, שמתאר במתכונת של עקומת לורנץ את היחסיות שבין הכמות היחסית המצטברת של הזכויות ביצירות לבין הכמות היחסית המצטברת של היוצרים שתרמו ליצירות הללו, ותרשים מס' 3, שמתאר את התפלגות מס הזכויות ביצירות ליוצר.

תרשים מס' 2





כאמור לעיל, במסגרת הניהול המשותף באמצעות תלי, מונפקים, בדרך כלל, רישיונות גורפים לכלל היצירות המוגנות ברפרטואר תלי. ברי, כי במסגרת של ניהול פרטני של הזכויות על ידי היוצרים הבודדים, לא יתאפשר מתן רישיון גורף לרפרטואר ש זכויותיו מוחזקות כיום בידי תלי; זאת, כיוון שבמתכונת זו כל יוצר הינו בעל זכויות הנוגעת ליצירותיו בלבד. בהקשר זה, יאוזכר, כי לכל יצירה אורקולית זכויות ב מאי זכויות תסריטאי⁵³. על כן, תידרש הנפקה של מספר רב של רישיונות, שכן רישיון של יוצר בודד יכלול אך ורק את חלקו ביצירה הבודדת או באגד היצירות שבזכויותיהם הוא שותף, לפי העניין שעומד על הפרק בין היוצר והמשתמש.

במסגרת ניהול פרטני של זכויות, יידרש משא ומתן פרטני בין כל יוצר לכל משתמש הן לגבי התגמול הראשוני והן בגין התמלוגים שעשויים לנבוע משימושים עתידיים. לפיהם נתוני תלי מורים, כי בשנת 2009 תלי גבתה תמלוגים בגין שימוש ביצירות של 782 יוצרים. כך, באותה שנה המשתמשים היו נדרשים לנהל משא ומתן עם לפחות 782 יוצרים⁵⁴, אם הרישיונות היו לאגדי כלל היצירות של כל יוצר, או, לחלופין, אם רישיון השימוש היה פרטני ליצירה, המשתמשים היו נדרשים לנהל לכל הפחות 17,637⁵⁵ משאים ומתנים, כל אחד בעבור שימוש ביצירה אחת, וזאת, רק עם היוצרים שבגין יצירותיהם קבלה תלי הכנסות בשנת 2009. במקרים אלה, סביר להניח שמבנה ההתקשרות והתמלוגים לא היו שומרים על אחדות ההתקשרות וכוח המיקוח העדיף של המשתמשים היה בא לידי ביטוי בתוצאות המשא ומתן, כפי שהוסבר בפרק 4. לאזכור, משא ומתן זה היה מתקיים בתנאים של א-סימטריה במידע, רמת אי ודאות גבוהה לגבי ההצלחה של היצירה

⁵² השנתות של מספר היצירות ליוצר אינן שוות בגודלן.

⁵³ לעיתים היוצר יכול להיות גם הבמאי וגם התסריטאי ולעיתים ליצירה יכולים להיות מספר תסריטאים ומספר במאים.

⁵⁴ ע"פ הנתונים שהתקבלו מתלי 782 יוצרים קיבלו תשלומים בעבור שימוש ביצירותיהם בשנת 2009.

⁵⁵ ע"פ הנתונים שהתקבלו מתלי בשנת 2009 נגבו תמלוגים בעבור 17,637 יצירות שמספר בעלי הזכויות בהן, במצטבר, הינו 56,041 בעלי זכויות.

וחשוב מכך – נחיתות מובהקת של היוצר אל מול המשתמש הפועל במבנה שוק ריכוזי ונהנה, על פי רוב, מכוח עודף.

במסגרת זו, ברור שלא סביר להניח חלותו של עקרון השוויון הן בין היוצרים והן בין המשתמשים⁵⁶. תנאי ההתקשרות בכל הסכם-רישיון ייקבעו על פי מפגש של הרצונות בין היוצר הבודד והמשתמש בכוח, והוא יהיה תלוי, בין היתר, בכדאיות הכלכלית של ההתקשרות לשני הצדדים ובכוח המיקוח היחסי שלהם. לכן, יש מקום לעיין במתכונת סבירה של ניהול פרטני של זכויות יוצרים ובתוצאותיה האפשריות.

5.4 תשתית הפעילות

סביר להניח שהתשתית שתידרש לניהול זכויות באופן פרטני תהיה דומה לזו של פעילות בתחומי המקצועות החופשיים, כגון מעצבים, ארכיטקטים וכד' בכפוף לסייג שכאן מדובר בניהול זכויות קניין רוחני ביצירות לא גשמיות שהמעקב אחר השימושים בהן הוא מורכב וכרוך בעלויות. בפרט עבור יצירות אורקוליות שהופכות למעשה ליצירות מדף, המועברות בפלטפורמות שונות, כמו טלביזיה, סלולר, רשתות אינטרנט, ורשתות חברתיות.

התשתית הבסיסית החומרית לפעילות מסוג זה כוללת בד"כ שימוש במחשב עם תוכנות ופונקציות בסיסיות כגון: e-mail, word, excel, ניהול מאגרי נתונים, תקשורת טלפונית, תקשרת אינטרנטית, פקס וציווד משרדי בסיסי אחר. ברמת היוצר הבודד, ניתן להניח בשמרנות, ששטח הפעילות הנדרש לפעילות היצירה מתאים גם להפעלת ניהול הזכויות. על כן, העלות השולית של התשתית החומרית המצוינת עבור ניהול הזכויות עשויה להיות נמוכה. אולם, עבור היקפים גדולים של פעילות ניהול הזכויות, ויות, תוכנות וחומרה לאחסון ועיבוד של נתוני מאגר י נתונים, עשויים להיות נטל ממשי על היוצר הבודד. בדומה לקיים בתלי, על היוצר הבודד לבנות בנוסף לתשתית הפיזית גם מאגר נתונים, שיכלול את רשימת היצירות שלו ואת בעלי הזכויות הנוספים ביצירות⁵⁷, העסקאות שביצע ופרטי כל המשתמשים בזכויותיו מכל מין וסוג. מאגר זה ישמש את היוצר למעקב, לניהול שוטף של הזכויות והשימוש בהן, ליצירת חוזים עם המשתמשים הפוטנציאליים ולגביה ואכיפה של הזכויות. לאחר שהמאגר נבנה, על היוצר לעדכן, בכל עת שהוא מוסיף יצירות חדשות וכן בכל פעם שחל שינוי בתנאי רישיונות השימוש והחוזים עם המשתמשים.

על מנת להבטיח ביצוע אפקטיבי של ההסכמים, תידרש מערכת מעקב אחר השימושים ביצירות. כאמור לעיל, המעקב אחרי השימושים מתבצע כיום על ידי תלע "פ הדיווחים שתלי מקבלת ישירות מהמשתמשים. לכן, במישור הפרטני תידרש רשת איסוף נתונים מקבילה אצל כל בעל זכויות בנפרד. יש לזכור כי ברמת ניהול פרטנית של כל יוצר בנפרד המדובר בנטל מצרפי נכבד של עלויות עסקה וייצור דיווחים כאלה על ידי המשתמשים, כמוסבר לעיל, דיווחים כאלה ידרשו

⁵⁶ מסגרת פעולה בה חל עיקרון השוויון ולו באופן חלקי הינה דרך הפעולה של תלי.

⁵⁷ ביצירה אורקולית בעלי הזכויות הם, למצער, התסריטאי והבמאי.

הפקה בעותקים רבים כמספר ההתקשרויות ; וזאת, במקום אחד לתלי במסגרת הקיימת הי וס. לאלה מתלווים עלויות בירור וטיפול בכל מקרה לגופו.

כיום, המעקב אחר השימושים שמבוצע על ידי תלי הינו פסיבי בעיקרו כאשר בדעתה של תלי לעבור לדפוס המשלב גם מעקב אקטיבי לבדיקת הדיווחים ולאיתור שוטף של שימוש ים נוספים אפשריים ביצירות ; במיוחד, בערוצי השידור ובאינטרנט.

מורכבות תהליך המעקב והעלות הגבוהה הנדרשת להקמתו במסגרת תלי, תכביד עוד יותר על היוצר הבודד במסגרת של ניהול פרטני ; זאת, עקב קיום יתרונות משמעותיים לגודל , ועקב אילוצים טכניים . כך, לדוגמא, תוכנת מעקב אקטיבית תחייב תשתיות מחשוב משוכללות ולכן , יקרות יותר מהקיימות, שתאפשרנה פעילות שוטפת של 24 שעות ביממה ותחזוקה שוטפת סביב השעון ביחס למספר רב של ערוצי שידור ושימושים אחרים . לגבי שיטות מעקב אחרות, כגון דיווח ע"י משתמשים, הדבר מותנה בהסכמתם ובאופי ההתקשרות בין היוצר הבודד והמשתמשים. אך כיוון שהעוצמה הכלכלית נוטה, ברוב המקרים, לצדם של המשתמשים כמסבר לעיל , עשוי להיווצר קושי בהסכמות אלו ; וזאת, עקב העלויות הכרוכות בהכנת דיווחים כאלה לכל יוצר ויוצר בנפרד.

מכאן, סביר להניח, כי ללא פעילות משותפת (כדוגמת תלי) במעקב ייווצר כשל במימוש זכויות היוצרים ומכאן, בהעדר תלי כגוף מבצע יהיה צורך בהקמת גוף דומה ⁵⁸, שאם הוא יהיה למטרת רווח, שני הצדדים עשויים לשאת בנטל הנוסף . אמידת העלויות הכרוכות במעקב (ללא רווח) יכולה להתבסס על נתוני תלי ; זאת, כיוון שפעילות הגוף הנ"ל צפויה להתקיים בתנאים דומים , כאמור לעיל.

בנוסף לפונקציות לעיל, סביר להניח כי על היוצר יהיה לבצע פעולות שיווק ; זאת, כדי להגביר את מודעות המשתמשים ליצירותיו.

5.5 היחסים בין היוצר לבין אוכלוסיית המשתמשים

בהמשך לדיון שנערך בסעיף 3.5, בו נדון אופן ההתנהלות של תלי מול הסוגים השונים של המשתמשים בהתאם לאופי פעילותם, אדון להלן בהנהלות של היוצר שמנהל את זכויותיו באופן פרטני מול האוכלוסיות השונות של המשתמשים. המסגרת הספציפית של ניהול הזכויות בכל שלב תהיה תלויה בסוג השימוש בו מעוניין הלקוח.

להלן אסקור את פונקציות ניהול הזכויות הפרטני עבור היוצרים הישראליים ביחס לאוכלוסיות המשתמשים השונים בהשוואה לניהול משותף באמצעות תלי.

⁵⁸ זאת, בתנאי שגוף מסוג זה אינו מהווה הסדר כובל לעניין חוק ההגבלים .

5.5.1 תאגידי שידור

בשלב המשא ומתן וחתימה על הסכם הרישיון בניהול פרטני של זכויות מול תאגיד שידור, יש להתייחס לשני תרחישים אפשריים:

(1) ההסכם בין המשתמש לבין היוצר יתבסס על רישיון כולל, הנוגע לכל היצירות שזכויותיהן שייכות ליצרן; קרי, לחלקו של אותו יוצר באגד היצירות.

(2) ההסכם בין המשתמש לבין היוצר יתבסס על רישיון פרטני ליצירה הנדונה.

בין אם הרישיון הוא במתכונת של רישיון כולל ובין אם הוא במתכונת של רישיון פרטני, על היוצר יהיה לאסוף מידע אודות מבנה השוק הרלבנטי, הלוקחות, ומידת התחרות השוררת בו, ככל שהיא קיימת; זאת, על מנת להיות מסוגל לפנות לגורמים שעשויים להיות מעוניינים בשימוש ביצירתו, או לדעת להגיב כראוי לפנייתיהם. בדרך כלל, היוצר הבודד אינו בעל ניסיון בכגון אלה ולכן הוא יזדקק, קרוב לוודאי, למנהל עסקים ו/או מייצג שיאסוף את המידע המתאים וידע לעשות בו שימוש.

במקרה של רישיון כולל לא יהיה צורך בניהול עסקאות רבות ביחס ללקוח אחד, אלא בחוזה חד-פעמי למשך תקופה קבועה (למשל, שנה), שניתן לחידוש כל עוד לא יחול שינוי מהותי במבנה השוק, בתנאים הכלכליים או בשיטות העבודה. על כן, מספר החוזים הכולל בתקופת ההסכם שעל היוצר לנהל הוא כמספר תאגידי השידור שעמם הוא מתקשר, ו/או בהתאם למספר המפיקים שעמם הוא מתקשר.

לעומת זאת, במקרה של רישיונות פרטניים על בסיס יצירה או שימוש בודדים, יהיה צורך לבצע עסקאות רבות ולנהל מעקב אחרי השימושים, כדי לוודא שלא יהיו הפרות ספציפיות. ההסכם בין יוצר ומשתמש צריך להסדיר את התעריף לשימוש ביצירה בתקופת החוזה ואת נהלי המעקב – כיצד היוצר יוכל לקבל את דוח השימושים. במתכונת זו, כמות העסקאות תהיה כמספר היצירות שגופי השידור מעוניינים להשתמש בהן מוכפל במספר הגופים המעוניינים ביצירות אלו.

עקב היקף העבודה ומורכבותה במקרה של רישיונות פרטניים⁵⁹, סביר להניח, כי מתכונת ההתקשרות תהיה מבוססת על רישיון כולל. זאת ועוד, כמוסבר לעיל ולהלן, כוח המיקוח הוא בדרך כלל של גופי השידור עקב היות מרביתם גדולים ובעלי עוצמה כלכלית. הדבר עשוי להתבטא הן בהסכם בדבר סוג הרישיון והן בתעריפים שייקבעו.

כך, במסגרת כינון עסקאות עם תאגידי השידור, על היוצר יהיה לנהל מו"מ עם כ-10 גופי שידור גדולים אשר אחראים על כמעט 300 ערוצי שידור שונים⁶⁰, או, אם המפיקים יהיו אחראים מטעם גופי השידור על הסדרת הזכויות, המו"מ יתנהל עם מספר גדול יותר של מפיקי טלוויזיה וקולנוע^{61 62}. בשלב השני על היוצר יהיה לעסוק בגבייה מכל אותם גורמים שאתם הוא חתם על

⁵⁹ ראו סעיף 5.1 לעיל.

⁶⁰ ראה, סעיף 3.5.1 לעיל.

⁶¹ <http://www.kolnoan.co.il/template/default.aspx?PageId=1&catId=1&maincat=1> - באיגוד

הסכמים, על מנת לשמור על אפקטיביות המימוש של ההסכמים⁶³. בנוסף, היוצר יידרש למערכת מעקב אחרי השימוש שנעשה ברישיון שהונפק, כמו כן אחרי שימושים מצד גורמים אחרים שלא קיבלו ממנו רישיון לכך. אם מתגלות הפרות, ליצר הזכות לתבוע את המפר. פונקציה זו נדרשת לסיוע על ידי אנשי מקצוע, הן בתחום הראייתי (חוקר) והן בתחום הייצוג המקצועי (עו"ד). כל הנ"ל לעומת כיוון עסקאות עם תאגידי השידור באמצעות תלי שאז י תנהל המו"מ בין 10 תאגידי השידור ומספר ערוצים בלתי תלויים לבין תלי, שבדיה הזכויות לניהול משותף של כלל הזכויות של הרפרטואר של כל חברה.

5.5.2 ביצוע פומבי כללי

על מנת לספק את הביקושים בתחום הביצוע הפומבי, על היוצרים יהיה להתקשר עם מספר רב של גורמים: משרדי משלה, רשויות מקומיות ואזוריות, מושבים, קיבוצים, חברות תעופה, בתי מלון, וכו'. כפי שנמסר לי מתלי, איתור משתמשים בתחום זה הינו מסורבל ומצריך משאבים רבים יחסית.

סביר להניח, כי לקוחות העושים שימוש ביצירה לצורך ביצוע פומבי מעוניינים במגוון רחב של יצירות. לפיכך, סביר להניח כי התקשרות בין יוצר ומשתמש תהיה מבוססת על רישיון כולל, המכסה את כל יצירות היוצר, בתחום הקטגוריה של הביצוע הפומבי.

מרכיבי הפעילות בניהול זכויות פרטני בתחום הביצוע הפומבי יכללו, קרוב לוודאי, את הפונקציות הבאות:

- א. איתור המשתמשים – בניגוד לתחום הש ידור, בו קיימת קבוצה מצומצמת יחסית של משתמשים, בתחום הביצוע הפומבי קיימים מספר רב של משתמשים שיש לאתרם ולערוך בירור בדבר פרטיהם. המשתמשים הנ"ל פזורים בכל רחבי המדינה ולכן, תידרש השקעת זמן וממון משמעותיים למטרה זו. רשימת המשתמשים מסתעפת ועם הזמן מתווספים לה גורמים חדשים.
- ב. הכנת נוסח ההסכם (הרישיון) – על מנת לתת להתקשרות עם הלקוחות פורמט חוקי, על היוצר יהיה לחתום ולהחתים את לקוחותיו על הסכם בו מוסדרים תנאי ההתקשרות, הסדרי הגביה ופרטים אחרים.
- ג. ניהול מו"מ וחתימה על הסכם השימוש – כמו בכל עסקה אחרת בשוק הפרטי, גם התנאים בעסקאות בתחום זכויות היוצרים יוסדרו במסגרת מו"מ בין הצדדים להסכם.

מפיקי קולנוע וטלוויזיה בישראל חברים 130 מפיקים עצמאיים.

⁶² בהקשר זה יצוין, כי בהיעדר גוף המרכז ומספק מידע לגבי כל בעלי הזכויות הרלבנטיים, לא ברור כיצד תוכל להתבצע התקשרות בין המפיקים מחו"ל לבין היוצרים הישראליים.

⁶³ בעידן הניו מדיה מתגברת המגמה של משתמשים רבים וקטנים בהיקף השימוש, כך שקשיי הגביה הפרטנית הולכים וגדלים.

ד. גביה – יוצר בתנאי השוק הפרטני יצטרך , קרוב לוודאי , להקדיש זמן רב לגביית התמלוגים , במיוחד כשמדובר בחלק מהמשתמשים שהם קטנים וחלקם חד פעמיים ואין להם מערכי ניהול שימושים, דיווחים ותשלומים מסודרים.

ה. מעקב אחרי השימושים ואכיפה – כפי שנמסר לי מתלי, בהתאם להיקף ומגוון הלקוחות כך גם היקף העבודה והזמן שנדרשים לאכיפה. סביר להניח, כי היוצר הבודד שירצה לאכוף את זכויותיו, לזהות ולהוכיח הפרות, יידרש למאמץ וכספים רבים כדי לעשות כן. בפרט, הפונקציות של מעקב אחרי השימושים ושל איתור הפרות , יהיו כרוכים בנסיעות רבות והקדשת שעות עבודה רבות ; זאת, כיוון שלא ניתן לצפות מתי והיכן ייעשה שימוש ביצירותיו של היוצר הספציפי . כך, עסקים רבים מעמידים לרשות הציבור סרטים וסדרות באמצעות הטלוויזיה שידורי טלביזיה פרטיים. על כן, לא ניתן לצפות מראש אילו יצירות ישודרו במקום . כמו כן, יש להביא בחשבון כי הלקוחות בתחום הביצוע הפומבי פזורים בכל רחבי הארץ.

גם ניהול משותף באמצעות תלי יזדקק לפעילות דומה , אלא שבמסגרת המשותפת ניתן לזהות יתרונות לגודל במסגרת של פריסה כלל ארצית של מנגנוני מעקב ואכיפה.

5.5.3 מדיניות חדשות (אינטרנט וסלולר)

ההסכמים שתלי חתמה בתחום האינטרנט והסלולר⁶⁴ התבססו על תמלוגים שנגזרו מהשימוש או מההכנסה משימוש ביצירות. במקרים רבים , היצירות בהן נעשה שימוש בתחומים אלה שודרו כבר במסגרת פלטפורמות שידור אחרות ששייכות לתאגידי השידור. במובן זה , המשתמשים צורכים את היצירות כ"יצירות מדף", שכיום נמצאות במסגרת של הרישיון הגורף שתלי מעניקה למשתמשים. בהעדר מידע פומבי אודות היצירות , שכיום נמצאות ברפרטואר תלי , התקשרויות עם יוצרים פרטניים של היצירות עשויות להיתקל בקשיים ולפיכך, אכיפת הזכויות שנמצאות במסגרת פרטנית עשויה להיות מורכבת.

במסגרת ניהול פרטני יתכנו ארבעה מצבים עיקריים :

- (1) התקשרויות עם מחזיקי הפלטפורמות שמבוססת על תשלום חד-פעמי בגין שימוש בכל יצירות היוצר (רישיון כולל), ללא תלות במכירות לצרכן הסופי (המכירות לצרכן הסופי בתחום המדיות החדשות הינן, בדרך כלל, בגין הורדות/צפיות באמצעות האינטרנט או הטלפון הסלולרי);
- (2) התקשרויות כ"ל שמבוססת על תשלום חד-פעמי בגין שימוש ביצירה מסוימת (רישיון פרטני), במשך תקופה קצובה, ללא תלות במכירות לצרכן הסופי ;
- (3) התקשרויות בגין כל יצירות היוצר לתקופה קצובה, שמבוססת על תשלום תמלוגים בגין מכירות לצרכנים ;

⁶⁴ נמסר לי כי תלי חתמה לאורך השנים הסכמים עם חברות הסלולר כגון : אורנג', פלאפון וסלקום, ובתחום האינטרנט עם וואלה ואתר מאקו.

(4) התקשרות בגין יצירה מסוימת לתקופה קצובה שמבוססת על תשלום תמלוגים בגין מכירות לצרכנים.

אם מדובר ב רישיון כולל, ניהול העסקה יהיה כרוך במו"מ חד-פעמי (לתקופה קצובה) עם המשתמש- מחזיק הפלטפורמה ובגבית התמלוגים ופעולות אכיפה.

אם הרישיון יתבסס על יצירה בודדת, ניהול הזכויות ידרוש טיפול במספר רב של עסקאות⁶⁵ ותגדל מורכבותו. במקרה זה, היוצר יידרש לנהל מו"מ בגין כל יצירה מבוקשת, ולאחר מכן לגבות תמלוגים בגין כל יצירה בנפרד בהתאם להסדרים שייקבעו עם המשתמשים, כמו גם לעקוב אחרי השימוש בה ולאכוף את ההסכם שנחתם בגינה.

כיום, התמלוגים של היוצרים נקבעים לפי דיווח על כמות השימושים המבוצעים בכל יצירה ע"י לקוחות (הצרכן הסופי) מחזיק הפלטפורמה; כגון: חברות הסלולר וספקי התוכן. אם הסדר זה יישמר, יידרשו חברות הסלולר וספקי התוכן לנהל מ ערכות דיווח והתחשבות עם כל יוצר ויוצר בנפרד.

נמסר לי, כי כיום תלי אינה מקבלת דיווחים מדויקים על השימושים מחברות הסלולר ואתרי האינטרנט. עפ"י תלי, תחומים אלה צעירים יחסית, וההכנסות מהם נמוכות יחסית. אך, שיעורי הצמיחה שלהם גבוהים וככל שהם יתפתחו, סביר להניח כי יגדלו ההכנסות מהם במקביל למורכבות בניהולם.⁶⁶

5.5.4 שימוש ביצירות של יוצרים ישראלים בחו"ל

על מנת לגבות תמלוגים ממשתמשים בחו"ל, בהעדר ניהול משותף, היוצר יידרש להסדיר את הזכויות ישירות עם המשתמשים בחו"ל. נמסר לי, כי ארגוני זכויות היוצרים אינם מנהלים את הזכויות של יוצרים בודדים, אלא אם היוצרים מצטרפים לאותם ארגונים כחברים. לפיכך, על מנת לנהל את זכויותיהם בחו"ל, יהיו חייבים היוצרים להירשם כחברים באותם ארגונים.

בנוסף, נמסר לי, כי, בבדיקה שעשתה תלי בעולם נמצא כי למרות שקיימים הבדלים עקרוניים ומשפטיים בין ה אופן בו תמלוגים ליוצרים אורקוליים מוסדרים בעולם, כך למשל בין ארה"ב לאירופה, הרי שבכל המדינות, התמלוגים הוסדרו לאחר שהיוצרים התארגנו באופן קולקטיבי ולא באמצעות כוחות השוק⁶⁷. באשר ליוצרים זרים, לא ברור כיצד ניתן להסדיר את זכויותיהם בישראל במתכונת ניהול זכויות יוצרים פרטני, שכן משתמשים אשר יבקשו להשתמש ביצירות זרות יידרשו לאתר את בעלי הזכויות בחו"ל ולהסדיר את רישיון השידור של אותן יצירות ישירות

⁶⁵ מספר העסקאות יהיה מונקציה של ביקוש המשתמשים ליצירות היוצר הספציפי.

⁶⁶ כיום תלי מנהלת משא ומתן עם האתרים: "Ynet", "Youtube", "נענע 10". להערכת תלי, לאחר חתימה על ההסכמים, יחול גידול של כחצי מיליון ש"ח בהכנסותיה השנתיות מהאינטרנט.

⁶⁷ בהמשך, בפרק נפרד, תפורט הפעילות של חברות התמלוגים בעולם, אשר גובים תמלוגים בגין זכויות תסריטאים ובמאים.

מולם. לפיכך, כרוכה התקשרות בין משתמש לבין יוצר זר בעלויות נוספות רבות, ואם התקשרות עם יוצר ישראלי אינה אפשרית מבחינה כלכלית, הדבר נכון גם ביחס להתקשרות עם יוצר זר.

5.6 סיכום ביניים

פרק זה דן במאפיינים של מתכונת סבירה לניהול זכויות יוצרים במסגרת פרטנית, תוך השוואתה למסגרת הניהול המשותף, ובתוצאותיה.

כאמור לעיל, ניהול פרטני של זכויות יוצרים ידרוש שינוי במתכונת הפעילות, הן מצד היוצרים והן מצד המשתמשים. במסגרת ניהול משותף שנהוג כיום באמצעות תלי, רוב רישיונות השימוש המונפקים למשתמשים הינם רישיונות גורפים. במסגרת ניהול פרטני לא יתאפשר קיום רישיון גורף כללי, אלא, לכל היותר, רישיון המתייחס לכלל יצירות היוצר שמעניק את הרישיון בלב ד. על כן, המשתמש יידרש לנהל, כאמור, משא ומתן עם כל היוצרים בעבור שימוש ברישיון הכולל את כלל יצירותיהם או עשרות אלפי משאים ומתנים בעבור השימוש בכל יצירה כרצונו. כתוצאה מכך, הדיווח וההתחשבות של המשתמשים יידרשו להתנהל מול כל יוצר בודד בנפרד.

בנוסף, ביצירה או רקולית, היוצרים הינם הבמאי ותסריטאי למיצער ועל מנת לעשות שימוש ביצירה יידרשו מספר רישיונות, שכן רישיון שיוכל לתת יוצר בודד יכלול אך ורק את חלקו ביצירה.

בכל אחד מתחומי הפעילות, ניתן לאפיין שלושה שלבים עיקריים שהיוצר יידרש לבצע במסגרת ניהול זכויות היוצרים הפרטני: (1) שלב כינון החוזה, שבו על היוצר לאתר משתמשים, להכין נוסח הסכם ולנהל עמם מו"מ על תנאי השימוש; (2) שלב הגביה ו-(3) שלב המעקב והאכיפה.

בכל אחד מהתחומים, על היוצר יהיה לאסוף מידע אודות מבנה השוק הרלבנטי, התחרות בו והמשתמשים; זאת, על מנת להיות מסוגל לפנות לגורמים שעשויים להיות מעוניינים בשימוש ביצירתו, או לדעת להגיב כראוי לפנייתיהם. בדרך כלל, היוצר הבודד אינו בעל ניסיון בכגון אלה ולכן הוא יזדקק, קרוב לוודאי, למנהל עסקים או מייצג שיאסוף את המידע המתאים וידע לעשות בו שימוש.

באשר לאכיפת זכויות היוצרים, היוצר יידרש לשאת בעלות האכיפה, בין אם הוא חתם על הסכמי השימוש ובין אם לאו. במקרה הראשון, ביצוע האכיפה יהיה כרוך במעקב אחרי ביצוע הולם מצד המשתמשים של תנאי ההסכמים, ובמקרה השני, יידרש מעקב אחרי השימושים לצורך איתור שימושים לא מאושרים ביצירות.

בכל מקרה, ההחלטה לגבי מאמצי האכיפה תהיה תלויה ברמת הקושי להשיג ראיות ולנהל הליך משפטי – מחד ובכדאיות הגשת התביעה מבחינת הפיצוי הצפוי – מאידך. ברי, כי עלות האכיפה במסגרת תלי תהיה נמוכה מזו שתיוחס ליוצר הבודד, עקב יתרונות לגודל, הן מבחינת תעריפי שכר טרחה שתלי משלמת והן מבחינת צמצום מספר הליכים ע"י ניהול הליכים מול גורמים מייצגים בענף ועל-ידי תביעה בגין מספר הפרות במאוחד.

פרק 6 להלן מציג את אמידת העלויות שצפויות ליוצר בודד , בהתאם למסגרת הפעילות שתוארה לעיל.

6. אמידת העלויות במסגרת של ניהול פרטני

6.1 כללי

בפרק זה נבחן את אומדני העלויות הצפויות ליוצרים, אם יפעלו במסגרת פרטנית; וזאת, בהשוואה לעלויות המיוחסות ליוצרים עבור הניהול המשותף באמצעות תלי⁶⁸.

Towse גורסת שהעלויות הקבועות שמתקיימות בבסיס ניהול הזכויות גורמות ליוקר הניהול הפרטני ולכן מצביעות על הכדאיות של ניהול משותף ועל התועלת הכלכלית המופקת ליוצר הבודד ממסגרת הניהול המשותף בהצביעה על:

"It can be expensive to administer copyrights because fixed costs are high. Where administrative costs exceed the revenues from licensing no market will develop and both right holders and potential users will lose out. Collecting societies therefore enable a market for copyrighted works to function, without which, as Besen, Kirby and Salop (1992) point out, there would be no legal use of such works (except in cases in which a work is very valuable and the right holder can contract directly with the users)...the collecting society provides the organization that makes such payments possible through collective administration by distributing remuneration revenues to its members"⁶⁹.

להלן יוצגו הנתונים הרלבנטיים שהתקבלו מתלי אודות עלויות הניהול המשותף של זכויות היוצרים שהועברו אליה ונתונים נוספים, שיאפשרו את הערכת העלויות שמיוחסות לחבר תלי בגין חלקו ברישיון הגורף שתלי מעניקה למשתמשים ואת אמידת העלויות הצפויות ליוצר במסגרת של ניהול זכויות יו באופן פרטני, על פי המרכיבים השונים: עלות ההתקשרות לקבלת רישיון, עלות הגביה של התמלוגים ועלות המעקב והאכיפה.

6.2 המרכיבים הנדרשים לבניית התשתית לניהול זכויות היוצרים

כאמור בסעיף 5.4, התשתית הנדרשת לניהול זכויות ע"י יוצרים באופן פרטני תהיה דומה לזו שנדרשת למשרד רגיל, בהנחה שיוצר פעיל מחזיק את מרבית הציוד האמור, במיוחד, אם הוא

⁶⁸ נמסר לי כי עלויות תלי, בהן נעשה שימוש בחו"ד זו נלקחו מהתקציב הפנימי של תלי. יצוין כי הפערים בין נתוני התקציב לבין הנתונים המופיעים בדוחות הכספיים שוליים, כ-0.45% עד כ-2.30% בשנים 2005-2009 (וזאת, לאחר הוספת הסכומים שנכללו בסעיף "תמיכות באיגודים" שלא היו מתקצבות).

⁶⁹ Ruth Towse & Christian Handke, Economics of Collective Management of Copyright, pp. 16-17 2007.

אינו יוצר מודמן⁷⁰ נניח להלן, שבחירה של יוצר בניהול פרטני נדרשת רק להרחבה ותוספות ציוד ותוכנה, כדלקמן:

1. הקמה וניהול של מאגר נתונים - סביר להניח, כי עלות העבודה הנדרשת לבניית המאגר הנ"ל אינה גבוהה מהותית, ועל כן, מטעמי שמרנות, לא נביא אותה בחשבון. עם זאת, היה ומדובר ביוצר פורה או פופולארי, סביר להניח כי היקפים גדולים של פעילות ניהול הזכויות, ובכלל זה תוספת תוכנות, חומרת אחסון ועיבוד של נתוני המאגר, עשויים להיות נטל ממשי על היוצר.
2. איתור משתמשים והתקשרות עמם - הנחת העבודה לצורך אמידת העלויות להלן היא כי היוצר יעסיק מנהל עסקים ו/או מייצג לצורך ביצוע עסקאות בכל אחד מתחומי הפעילות. כך, עלות ביצוע העסקה תשקף, בין היתר, את העלות של איתור משתמשים ועלויות משפטיות הכרוכות בהכנת מסגרת להתקשרות.
3. ניהול עסקאות והנהלת חשבונות⁷¹ - אמידת עלות תוכנה לניהול ומעקב אחרי העסקאות, הגביה והנהלת חשבונות מבוססת על המידע מהאתר הרשמי של המפיץ של תוכנת "חיש קל" שהינה תוכנה לניהול חשבונות. ע"פ המידע באתר זה, מחיר התוכנה מורכב משני מרכיבים: תשלום חד-פעמי בסך 250 ש"ח⁷² וחידוש הרישיון השנתי (החל מהשנה השנייה של השימוש בתוכנה) בסך 110 ש"ח. עלות זו זניחה ועל כן לא תיכלל בסיכום העלויות שיגרמו ליוצר לצורך ניהול הזכויות;
4. תשתית ארגונית וחשבונאית - על היוצר להירשם כעוסק מורשה עצמאי או כחברה בע"מ⁷³. זאת לצורך ניהול חשבונות העסק, דיווח לשלטונות המס וכדומה. סביר להניח, כי היוצר פועל בדרך זו בפונקציה של היצירה. לכן, נניח להלן, שלניהול פרטני לא תידרש השקעה נוספת בתשתית הארגונית. עם זאת, יתכן שההוצאות השוטפות יגדלו, כתוצאה מניהול פרטני של הזכויות.
5. ציוד מעקב אחרי השימושים הנעשים ביצירות - בהמשך לאמור בסעיף 5.4 סביר להניח כי פונקציה זו לא תבוצע ע"י מרבית היוצרים. על כן, עלות הקמתה לא תיכלל בסיכום העלויות שיגרמו ליוצר לצורך ניהול זכויותיו.

⁷⁰ אולם, יצוין, כי תוספת של פונקציות הניהול לפונקציית היצירה תרחיב את היקף ומורכבות הפונקציות הנ"ל, ולפיכך, את עלותן.

⁷¹ שבה ניתן להכניס פרטי העסקאות עם המשתמשים, מועדי הגביה וכד' ולנהל רישום לצורכי הנהלת חשבונות ודיווח.

⁷² המחיר תקף עבור רישיון שינתן עד סוף שנת 2011.

⁷³ ייתכן שיוצר שאינו מנהל את זכויותיו יכול להיכלל במסגרת שאינה נדרשת למעמד של עוסק מורשה או חברה בע"מ.

6.3 אמידת עלויות

6.3.1 מונחים

נמסר לי, כי בתלי קיימת הבחנה בין כינון של עסקה לקבלת רישיון שימוש ברפרטואר תלי לבין התחזוקה שלה, בהתאם להגדרות הבאות:

עסקה - עסקה תחשב כל הסכמה על דמי רישיון שהושגה בין תלי ובין מקבלי רישיון (לא כולל חידוש אוטומטי או תשלומים נוספים ששולמו בעקבות עדכון נתונים).

עסקת כינון - (1) עסקה אשר בה נוצר הסכם ראשוני עם מקבל הרישיון ; (2) חידוש עסקה אשר בה שונו התנאים הבסיסיים ביחס להסכם המקורי.⁷⁴

תחזוקת עסקה - חידוש הרישיון אשר בו לא שונו התנאים הבסיסיים ביחס להסכם המקורי.

על פי נתונים שנמסרו לי מתלי כ- 39.3% מהעלויות השנתיות של החברה מוקדשות לעריכת הסכמים ראשוניים וחידושים של הסכמים קיימים.⁷⁵

בעלויות השנתיות למעקב, גביית תמלוגים ואכיפה נכללות פעולות הקשורות לעבודת התייעוד,⁷⁶ התחשבנויות עם המשתמשים בהתאם לנוסחאות התמלוגים, פעולות גביה בפועל ופעולות אכיפה בתחום הגביה.

כיום, תלי מנהלת את פעולות האכיפה של זכויות היוצרים בעיקר באמצעות יועצים משפטיים. ואולם, כאמור לעיל, כיום היא אינה מקדישה משאבים מספיקים לפעולות אכיפה, אף כאלו נכללים בתכניתיה לביצוע קרוב.

6.3.2 עלויות תלי

על סמך ההנחות והנתונים שהתקבלו מתלי, הנוגעים לעלויות ביצוע עסקה וגביית תמלוגים (במחירים קבועים ל-12/2010): בממוצע לשנים 2005 – 2009, 38.24% מעלויות תלי יוחסו לכינון עסקאות, 0.98% לתחזוקת עסקאות ו- 39.08% למעקב, גבייה ואכיפה. שאר ההוצאות של תלי יועדו לניהול קשר עם חברי ה, רגולציה ופעילות ציבורית לשיפור מעמד היוצר. יצוין, כי במסגרת עלויות הכינון והתחזוקה של תלי מסווגות גם מרכיבים של עלויות עקיפות כלליות, כמו,

⁷⁴ כגון שינוי בהיקף הזכויות, מודל התמלוגים לתשלום ע"י המשתמש או גובה התמלוגים.

⁷⁵ לאזכור, תלי לא מספקת שירותי מו"מ להתקשרויות ראשוניות, אך היא מדריכה את חבריה בכל הנדרש לצורך שמירת זכויותיהם לתמלוגים והיא מעניקה להם ייעוץ משפטי בנוגע לזכויותיהם.

⁷⁶ קרי, זיהוי יצירות הקשורות לרפרטואר תלי, שיוך אותן יצירות ליוצרים ואיסוף נתונים אודות השימושים.

דירקטוריון, מנ"כ ואחרים, שאינם קשורים במישרין לפעולות הכינון והתחזוקה. העלות הכוללת של הרכיבים הישירים והעקיפים תכונה להלן **עלות כוללת**.

במהלך השנים 2005 – 2009, תלי כוננה 19 עסקאות^{77 78} ותחזקה 4 עסקאות למתן רישיון שימוש בכלל הרפרטואר של תלי ; קרי, הנפקת רישיונות גורפים עבור כל היצירות המוגנות שחברי תלי העבירו אליה, עם משתמשים, שביניהם היו תאגידי השידור, חברות הסלולר, אתרי אינטרנט וחברת התעופה אל על וישראיר.

לוח מס' 1 מציג את העלות הכוללת ת: המצטברת, הממוצעת לשנה והממוצעת לשנה לעסקה, במחירים קבועים, על פי סוגי העלויות עבור השנים 2005 – 2009.

לוח מס' 1

עלות שנתית ממוצעת לעסקה, 2005-2009 במחירים קבועים 12/2010	עלות שנתית ממוצעת, לשנים 2005-2009 במחירים קבועים 12/2010	עלות מצטברת לשנים 2005- 2009, במחירים קבועים 12/2010	סעיף
₪ 63,830 ⁷⁹	₪ 1,007,552	₪ 5,037,579	כינון עסקאות
₪ 18,468 ⁸⁰	₪ 25,835	₪ 129,173	תחזוקת עסקאות
₪ 64,367 ⁸¹	₪ 1,029,870	₪ 5,149,351	מעקב, גביה ואכיפה
₪ 146,665	₪ 2,063,257	₪ 10,316,283	סה"כ

העלות השנתית הממוצעת לכינון/תחזוקת עסקה בודדת הינה מנת חלוקת העלות המצטברת לכינון/תחזוקת עסקאות, בהתאמה, בשנים 2005-2009; זאת, במספר העסקאות שכונו/תוחזקו באותן שנים⁸², בהתאמה, ובמשך ההתקשרות הממוצע של עסקאות שכונו/תוחזקו⁸³ במהלך השנים האמורות, בהתאמה.

⁷⁷ בחישוב הנ"ל נלקח בחשבון פסק דין שניתן אודות השימוש של מוסיקה 24 ברפרטואר תלי בשנים 2004-2006.
⁷⁸ בנוסף ל-19 העסקאות שכונו המתייחסות לרישיון גורף לכל רפרטואר תלי, החברה הגיעה להסכמה עם מוסיקה 24 בשנת 2006 אודות תנאי השימוש בסדרה "ילדות רעות".
⁷⁹ נמסר לי כי מספר העסקאות שכונו במהלך השנים 2005-2009 היו 20 עסקאות (כולל העסקה הפרטנית שכוונה אודות תנאי השימוש בסדרה ילדות רעות) ובנוסף, ע"פ מידע שנמסר לי, משך ההתקשרות הממוצע של עסקה שכוונה היו כ-3.95 שנים. בחישוב משך ההתקשרות הממוצע לעסקה שכוונה לא נלקחה בחשבון העסקה הפרטנית עם מוסיקה 24 אודות תנאי השימוש בסדרה ילדות רעות.
⁸⁰ נמסר לי כי מספר העסקאות שתוחזקו במהלך השנים 2005-2009 היו 4 עסקאות ומשך ההתקשרות הממוצע של עסקה שתוחזקה היו כ-1.75 שנים.
⁸¹ נמסר לי, כי בממוצע, מספר העסקאות שבעבורן התקבלו תמלוגים בעבור כל שנה במהלך השנים 2005-2009 היו 16 עסקאות.
⁸² במהלך השנים האמורות כונו 20 עסקאות ותוחזקו 4 עסקאות.

לוח מס' 2 מציג את העלות הכוללת השנתית הממוצעת לתלי, ל"חבר בתל"י ול"חבר בתלי שקיבל תמלוגים", במחירים קבועים, על פי סוגי העלויות עבור השנים 2005 – 2009.

לוח מס' 2

עלות שנתית ממוצעת לחבר מקבל הכנסה מתמלוגים ⁸⁵ , 2005 - 2009, במחירים קבועים 12/2010	עלות שנתית ממוצעת לחבר ⁸⁴ , לשנים 2009- 2005, במחירים קבועים 12/2010	עלות שנתית ממוצעת לשנים 2005 - 2009, במחירים קבועים 12/2010	סעיף
1,906.08 ₪	1,125.25 ₪	1,007,552 ₪	כינון עסקאות
48.87 ₪	28.85 ₪	25,835 ₪	תחזוקת עסקאות
1,948.30 ₪	1,150.18 ₪	1,029,870 ₪	מעקב, גביה ואכיפה
3,903.25 ₪	2,304.28 ₪	2,063,257 ₪	עלות שנתית ממוצעת

עיון בלוח מס' 2, שמציג את העלויות השנתיות הממוצעות המיוחסות לחבר תלי בשנים 2009-2005 במחירים קבועים של 12/2010 ואת העלויות השנתיות המקבילות בממוצע לחבר מקבל הכנסה בשנים האמורות, נותן אינדיקציה לנטל העלות הממוצעת המיוחס ליוצר הבודד בתנאים של ניהול משותף. סביר לצפות שהעלויות ליוצר חבר תלי בכל אחת מהפעילויות הנקובות תהיה נמוכה מזו של העלויות המקבילות ליוצר בודד שמנהל את זכויותיו באופן פרטני; וזאת, בין היתר, בשל היתרונות לגודל שמתקיימים בפעילות המשותפת באמצעות תלי.

6.3.3 עלות כינון ותחזוקה

להלן ייבחנו עלויות כינון ותחזוקת עסקה ליוצר במסגרת תלי ועלות כינון ותחזוקת עסקה ליוצר במסגרת של ניהול פרטני.

לוח מס' 3 מציג את העלויות השנתיות הממוצעות לכינון עסקה ולתחזוקת עסקה בהתחשב בנתוני לוח מס' 1, את החלק היחסי של העלויות הללו לחבר בתלי ואת החלק בעלויות הללו המיוחס על חבר בתלי שמקבל הכנסה מתמלוגים, במסגרת הניהול המשותף:

⁸³ משך ההתקשרות הממוצע של עסקה שכוננה במהלך השנים האמורות הינו 3.95 שנים ומשך ההתקשרות הממוצע של עסקה שתוחזקה במהלך השנים האמורות הינו 1.75 שנים.

⁸⁴ ע"פ נתונים שנמסרו לי אודות מספר חברי תלי בסוף כל אחת מהשנים 2005-2009, מספר חברי תלי בשנים הללו הינו בממוצע 895.4 חברים לשנה.

⁸⁵ מספר חברי תלי אשר קיבלו תמלוגים בשנים 2005-2009 הינו בממוצע 528.6 חברים לשנה.

לוח מס' 3

עלות שנתית ממוצעת לעסקה לחבר מקבל הכנסה מתמלוגים, 2005 - 2009, במחירים קבועים 12/2010	עלות שנתית ממוצעת לעסקה לחבר, לשנים 2005-2009, במחירים קבועים 12/2010	עלות שנתית ממוצעת לעסקה לשנים 2009- 2005 במחירים קבועים 12/2010	
120.75 ₪	71.29 ₪	63,830 ₪	כינון עסקה ⁸⁶
34.94 ₪	20.63 ₪	18,468 ₪	תחזוקת עסקה

כך, חבר בתלי נהנה מהיתרון לגודל של הניהול המשותף במסגרת תלי; העלות השנתית הממוצעת לעסקה לחבר תלי שמקבל הכנסה מתמלוגים ע"פ לוח מס' 3 הינו כ-121 ₪ בעבור כינון עסקה וכ-35 בעבור תחזוקת עסקה בעת שהעלויות הללו לתלי הינן כ-64 אלף ₪ וכ-18.5 אלף ₪, בהתאמה.

ברי, כי עסקאות שעניינן רישיון גורף, כדוגמת הרישיונות הניתנות על ידי תלי, מורכבות מאחרות שעוסקות ביצירה בודדת או באגד מצומצם של יצירות שכולן הן פרי עמלו של יוצר אחד. לכן, סביר להניח, כי במסגרת הניהול הפרטני, כאשר מדובר בהתקשרות הנוגעת ליצירה בודדת, או לאגד מצומצם של יצירות, העלות תהיה נמוכה יותר לכל עסקה, שעניינה במסכת מוגנת מצומצמת יותר.

סביר להעריך, כי עלות הכינון של עסקה⁸⁷ במונחים של ממוצע לשנה, ובכלל זה, איתור משתמשים, ניהול מו"מ וחתירת הסכם, ברמת היוצר הבודד תגיע כדי כפולה ויותר מ העלות השנתית הממוצעת לחבר הנקובה בלוח מס' 2⁸⁸, ואילו עלות תחזוקה של עסקה⁸⁹ בין יוצר בודד ומשתמש תהיה לפחות פי 2 ויותר מזו שמושתתת במסגרת תלי⁹⁰. כל זאת, בתנאי שהעסקאות הנדונות לא תהיינה מורכבות יתר על המידה⁹¹.

ניתן להניח שעיקרון היתרון לגודל עקב קיומן של הוצאות קבועות לעסקה בולט גם בהשוואה בין עלויות הניהול של יצירה בודדת לבין עלויות הניהול של אגד של יצירות. לכן, מנקודת ראות העלויות המועמסות על היוצר, העסקה הכדאית יותר כרוכה ברישיון שכולל את כל יצירותיו ולא ברישיונות פרטניים לכל יצירה בנפרד. אך, בכל מקרה, המתכונת המועדפת היא של ניהול משותף.

אם ההתקשרות תהיה על בסיס רישיון כולל לכל משתמש מעוניין, אזי מספר ההתקשרויות ליוצר בודד יהיה כמספר המשתמשים אשר מעוניינים להשתמש ביצירות היוצר⁹² ובמקרה הקיצוני, כמוסבר בסעיף 5.1, מספר ההתקשרויות עשוי להגיע להיקף של אלפי עד עשרות אלפי

⁸⁶ מספר העסקאות בו נעשה שימוש כולל את העסקה הפרטנית עם מוסיקה 24 בעבור השימוש בסדרה ילדות רעות.

⁸⁷ עלות חד פעמית בעת כינון העסקה לראשונה.

⁸⁸ לפי 20-5 שעות לפי מידת המורכבות בתעריף מינימלי (שכולל עלויות עקיפות) בסך של כ-500 ₪ לשעת חיוב.

⁸⁹ מידי מועד חידוש, בממוצע כל 1.75 שנים.

⁹⁰ על פי היחס בין העלות השנתית הממוצעת לתחזוקת עסקה ובין העלות השנתית הממוצעת לכינון עסקה, ע"פ לוח מס' 3.

⁹¹ פשוטות מהותית מעסקאות מקבילות עבור רישיון גורף לכלל רפרטואר תלי במסגרת של ניהול משותף. ראו להלן.

⁹² להשוואה: לתלי התקשרויות עם 17 משתמשים בשנים 2005-2009.

התקשרויות, שמביא בחשבון את מספר היצירות ואת מספר המשתמשים המעוניינים ביצירות , אם ההתקשרות וניהול הזכויות הפרטני ייעשה על בסיס היצירה הבודדת . במקרה זה , יהיה מדובר במאות אם לא אלפי משאים ומתנים מידי תקופת חידוש שנראה כי המשתמש יידרש לנהל⁹³.

בכל הנוגע לתחום השידור בלבד , נראה, שכאמור בסעיף 3.5.1 לעיל, הסדרת זכויות היוצרים עם כל הגורמים הרלבנטיים , תחייב ניהול מו"מ עם כ-10 תאגידי שידור גדולים אשר אחראים על כ-300 ערוצי שידור שונים או , עם התאגידים האמורים ועם ערוצים בלתי תלויים מכלל 300 הערוצים הנ"ל. אם המפיקים יהיו אחראים מטעם גופי השידור על הסדרת הזכויות , אזי המ"ומ עשוי להתקיים עם יותר ממאה מפיקי תוכן לטלוויזיה^{94 95}.

גביית תמלוגים בגין זכויות יוצרים בביצוע פומבי תחייב התקשרות עם מספר רב של גורמים : בתי מלון, משרדי ממשלה, עיריות, רשויות מקומיות ואזוריות, חברות תעופה וכו'. מרכיבי עלות כינון עסקה תחום זה יכלול איתור משתמשים שלהם פוטנציאל לשימוש ביצירות : היוצר הבודד יאלץ להשקיע את המשאבים שנדרשים ליצירת מאגר ראשוני , כמו גם לעדכון שוטף של קובץ הלקוחות הפוטנציאליים, כדי לשמר את העדכניות של מאגר הלקוחות . בהמשך, היוצר יידרש לאיתור של המשתמשים, הן המפרים והן הפוטנציאליים , מתוך המאגר המעודכן . בשלב הבא, היוצר יפנה למשתמש עם הצעה להסדיר או לחדש רישיון לשימוש ביצירות שלו . העלויות הכרוכות ביישום שלב זה הן בעיקר הוצאות משפטיות והוצאות תקשורת ; זאת, כיוון שהיוצר יידרש להכין נוסח רישיון ולעצבו באופן פרטני במו"מ מול כל משתמש.

בתחום המדיות החדשות סביר להניח שאופי ההתקשרות הקולקטיבי צפוי להיות מתמשך ולכן יש מקום להבחין בין עלות הכינון ועלות התחזוקה . סביר להניח, כי הן עלות כינון העסקה והן עלות תחזוקתה יהיו גבוהות יותר במקרים של התקשרות , שבה תשלום התמלוגים יקבע בהתאם להכנסות המשתמש ; זאת, כיוון שבמקרה זה יידרש היוצר לקבל ולעבד דיווחים מהמשתמשים על מספר השימושים בפועל ולחשב ולגבות את התמלוגים בהתאם.

הסכם שיהיה מבוסס על תמלוגים יחסיים לשימוש יאלץ את חברות הסלולר והאינטרנט לדווח לכל יוצר ויוצר על מספר ואורך השימושים בפועל מתוך אגד היצירות המוגן ומנוהל על ידו . דיווח כזה ידרוש הקמת מערכת דיווח מורכבת מצד המשתמשים , אם כי אופיו ייקבע על פי יחסי הכוחות בין הצדדים . כאמור לעיל, כוח המיקוח של היוצר הבודד יהיה , בדרך כלל, נחות לכוחה של תלי, ולכן תלי תוכל לקבל דיווח רחב ואולי גם אמין יותר מהדיווח ליוצר הבודד .

לגבי התקשרויות עם ארגונים מקבילים בחו"ל נמסר לי מתלי, כי ללא קיום ארגון משותף לא ניתן יהיה לקבל תמלוגים מהארגונים זרים , אלא אם היוצרים כפרטים יצטרפו לאותם ארגונים , או יפנו ישירות למקומות שעשו שימוש ביצירה שלהם והיוצר ידע על כך.

⁹³ ראה סעיפים 5.1 ו-5.3 לעיל.

⁹⁴ <http://www.kolnoan.co.il/template/default.aspx?PageId=1&catId=1&maincat=1>

⁹⁵ בהקשר זה יצוין, כי בהיעדר גוף שמרכז ומספק מידע לגבי כל בעלי הזכויות הרלבנטיים, לא ברור כיצד תוכל להתבצע התקשרות בין המפיקים מחו"ל לבין היוצרים הישראליים.

במקרה כזה, היוצרים מקבלי השירותים יחויבו בתעריפים שיכסו את העלויות של השירותים בתוספת שיעור רווח מסוים. אם העלויות תהיינה דומות לאלו של תלי בסעיפים אלה, אזי, על פי נתוניה, העלויות השנתיות הממוצעות לעסקה פעילה¹⁰⁰ של מחלקת התיעוד, המחשוב והוצאות משפטיות בלבד - המיוחסות לפעילות מעקב, גביה ואכיפה מפורטות בלוח מס' 4 עבור השנים 2009-2005 במחירים קבועים ל-12/2010¹⁰¹.

לוח מס' 4

עלות שנתית ממוצעת לעסקה בשנים 2009-2005, במחירים קבועים 12/2010	עלות שנתית ממוצעת בשנים -2009 2005 במחירים קבועים 12/2010	
17,231 ₪	275,694 ₪	מחלקת תיעוד
8,999 ₪	143,986 ₪	הוצאות מחשוב
13,111 ₪	209,769 ₪	הוצאות משפטיות
39,341 ₪	629,449 ₪	סה"כ

העלויות הממוצעות בלוח מס' 4 הן בגין עסקאות לרישיון גורף¹⁰², שכולל את הזכויות של כל חברי תלי בגין כל יצירותיהם הנכללות במסד הנתונים של תלי שמסתכמים כיום בכ- 135 אלף זכויות ביצירות. כך שהעלות הממוצעת הנ"ל עבור מעקב, גביה ואכיפה לחבר תלי שקיבל הכנסה מתמלוגים בממוצע בשנים 2009-2005 הינה כ- 1,191 ₪ לשנה¹⁰³ וכ- 4.63 ש"ח לשנה¹⁰⁴ בעבור זכות בודדת ביצירה. לאיזכור, תרשים מס' 3 מציג את התפלגות הזכויות ביצירות של כל היצירות המנוהלות על ידי תלי עבור כל חברי תלי.

¹⁰⁰ מספר העסקאות השנתי בממוצע, בו נעשה שימוש, הינו 16 עסקאות.
¹⁰¹ העלויות הישירות הללו מהוות את העלויות המיוחסות לפעילות מעקב, גביה ואכיפה, שע"פ תלי, כוללות כ- 95% מעלות מחלקת התיעוד של תלי, כ- 30% מההוצאות המשפטיות וכ- 75% מההוצאות המחשוב. העלויות הללו לא כוללות את העלויות העקיפות הכלולות בעלויות המיוחסות לפעילות מעקב, גביה ואכיפה, שע"פ תלי, כוללות שכר הדירקטוריון, המנכ"ל, איש הכספים, הוצאות משרד וכדומה.
¹⁰² פרט לעסקה הפרטנית עם ערוץ מוסיקה 24 אודות שימוש ביצירה ילדות רעות.
¹⁰³ היחס שבין סה"כ עלות (ישירה) שנתית ממוצעת בעבור מעקב, גביה ואכיפה – 629,449 ₪ לבין מספר חברי תלי, שקיבלו הכנסה מתמלוגים בשנים 2009-2005, 528.6 חברים.
¹⁰⁴ היחס שבין סה"כ עלות (ישירה) שנתית ממוצעת בעבור מעקב, גביה ואכיפה – 629,449 ₪ לבין מספר הזכויות, במצטבר ברפרטואר תלי – 135,850. לחלופין, ע"פ היחס בין מספר בעלי הזכויות ברפרטואר תלי כיום – 1,212 בעלי זכויות, ומספר הזכויות, במצטבר ברפרטואר תלי כיום, 135,850, ובהתייחס למספר חברי תלי, בממוצע שקיבלו הכנסה מתמלוגים בשנים 2009-2005 – 528.6 חברים, ניתן לחלק את סה"כ העלות השנתית הממוצעת האמורה ב- 59,249 - אומדן הזכויות המצטברות ברפרטואר תלי בשנים האמורות.

כאמור, סביר להניח שתאגיד, שירכז את מתן שירותי המעקב, גביה ואכיפה עבור היוצרים שכינם חברים בתלי, יחייב את לקוחותיו בתעריף שנתי ממוצע לזכות בודדת ביצירה בסך של 4.63 ₪, אם הוא לא ינצל כוח מעבר לזה של תלי. היוצר הממוצע¹⁰⁵, שלו כ-112 זכויות ביצירות, עשוי להיות מחויב על ידי התאגיד האמור בכ-519 ₪ לשנה.

ברם, אם כל יוצר יקים לעצמו מערך לביצוע המעקב, הגביה והאכיפה במתכונת שקיימת כיום בתלי העלויות תהיינה גבוהות משמעותית מהתעריפים הנ"ל והן עשויות להגיע כדי הסכומים הנקובים בלוח מס' 4.

עלות המעקב עבור כל יוצר בודד בנפרד לא אמורה להיות שונה מהותית מהעלות של תלי. כאמור לעיל, לתלי אין את המשאבים להשקיע במערכת מעקב אקטיבית. מדובר במערכת בעלת עלות קבועה והיא כוללת השקעה בציד מתוחכם ועלות שכר והוצאות תפעוליות אחרות. סביר להניח כי גם היוצר הבודד היה נעדר משאבים להשקעה סבירה במערכת זו.

על בסיס המידע שהתקבל מהגורם המבצע מעקב אחרי השימושים (ככל שגורם כזה יוכל להתקיים), יוצר יוכל לפעול לאכיפת זכויותיו במקרים בהם יאותרו הן הפרות של תנאי ההסכמים והן שימושים ללא הסכמה ביצירות.

כאמור לעיל, אפקטיביות ההגנה על זכויות היוצרים תלויה במידת אכיפת הזכויות במקרים של הפרות. כך, ככל שמנגנוני האכיפה חלשים יותר, כך נכוונות המשתמשים לקיים את תנאי רישיונות השימוש, או, במקרים אחרים, להגיע לכלל הסכמה עם היוצרים בנוגע לתנאי השימוש תהיה נמוכה יותר. על כן, על מנת להבטיח קיום ההסכמים, על היוצרים יהיה לנהל מעקב אחרי השימושים על מנת לאתר מפרים. בכל מקרה, ההחלטה לגבי המאמץ שהיוצר יידרש לה קדיש להליכי אכיפה תלויה ברמת הקושי להשיג ראיות ובכדאיות הגשת התביעה מבחינת גובה הפיצוי הצפוי. נמסר לי מתלי, כי הוצאותיהם עבור הליכי האכיפה הן זניחות מאחר ורוב המשתמשים שלהם הוענקו רישיונות אינם מפרים את ההסכמים. עם זאת, לא ניתן לדעת האם ההסכמים שהיו נחתמים בין היוצר הבודד לבין המשתמשים היו מצריכים אכיפה ברמה מוגברת מהנוכחית בתלי.

ככל הנראה, יכולת האכיפה של היוצר הבודד תהיה מוגבלת למדי גם עקב פערי הכוח והעמדות בינו לבין תאגידי השידור, למשל. הניסיון מלמד כי אכיפה של יוצרים פרטניים מול משתמשים גדולים כרוכה בעלויות רבות של ניהול משפט לאורך זמן, תשלום ניכר למייצגים והימשכות הדיונים כולל בהליכי ערעור עד שברמת הפרט, ניתן לראות מצבים בהם כלל עלות האכיפה תהא שקולה או גדולה מהתועלת שבאכיפה.

6.4 סיכום ביניים

בפרק זה הוצגו אומדני העלויות ליוצר בגין כינון עסקה, תחזוקת עסקה ומעקב, גביה ואכיפה, הן במסגרת הניהול המשותף והן במסגרת הניהול הפרטני.

¹⁰⁵ מנת חלוקת מספר הזכויות, במצטרב בפרטואר תלי כיום - 135,850, במספר בעלי הזכויות בפרטואר תלי כיום - 1,212 בעלי הזכויות.

להלן טבלה המסכמת את הממצאים :

שנה	הכנסה שנתית ממוצעת מתמלוגים ליוצר מעסקה בשנים 2005-2009, במחירים קבועים 12/2010
2005	1,275 ₪
2006	1,016 ₪
2007	1,286 ₪
2008	1,157 ₪
2009	1,092 ₪
ממוצע	1,123 ₪

יצוין כי, ההתפלגות של ההכנסות בין כלל חברי תלי שמקבלים הכנסה מתמלוגים מאוד מפורזת, כפי שניתן לראות בתרשים מס' 4 המציג את ההתפלגות היחסית של ההכנסות המצטברות של חברי תלי בשנים 2005-2009, כאשר הציר האופקי מתייחס לחבר י תלי במצטבר, אשר קיבלו בשנים האמורות סכום חיובי של תמלוגים ואילו הציר האנכי מתייחס לאחוז המצטבר של עוגת התמלוגים שמחולקים ליוצרים.

תרשים מס' 4



¹⁰⁹ על פי נתונים שקיבלתי מתלי, הכנסות מתיקוני טעויות והכנסות לאחר עדכון הזכויות, מהוות בממוצע כ-13.7% מסך ההכנסות מתמלוגים ליוצר שחולקו על ידי תלי בשנים 2007 - 2009 ; זאת, במחירי דצמבר 2010.

כך, לדוגמה, כ-74.81% מסך התמלוגים שהתקבלו במהלך השנים מתחלק לכ- 19.49% מכלל היוצרים. שאר 80.51% מהיוצרים אשר חברים בתלי מקבלים רק כ- 25.19% מסך התמלוגים. מעבר לכך קיימים יוצרים אשר באותן שנים לא קיבלו תשלומים, ואינם נכללים בתרשים.

7.3 בדיקת התועלת של ניהול הזכויות הפרטנית

להלן בחינת התועלת ליוצר הבודד המקבל הכנסה מתמלוגים במסגרת ניהול הזכויות הפרטנית לעומת התועלת האמורה במסגרת ניהול הזכויות המשותף; וזאת, ע"פ אומדני ההכנסה השנתית הממוצעת מתמלוגים ליוצר מעסקה¹¹⁰ לעומת העלויות השנתיות הממוצעת ליוצר מעסקה, ה, כאמור בפרק 6.

ניהול זכויות משותף – עסקה שכוננה:

ממוצע שנתי ליוצר לעסקה במחירים קבועים 12/2010	
1,123 ₪	הכנסה
121 ₪	עלות כינון
122 ₪	עלות מעקב גביה ואכיפה
880 ₪	עודף / גירעון

ניהול זכויות משותף – עסקה שתוחזקה:

ממוצע שנתי ליוצר לעסקה במחירים קבועים 12/2010	
1,123 ₪	הכנסה
35 ₪	עלות תחזוקה
122 ₪	עלות מעקב גביה ואכיפה
966 ₪	עודף / גירעון

¹¹⁰ על אף האמור בסעיף 8.4 אודות הקיטון האפשרי בתעריפים אשר יקבעו בהסכמי הרישיון בין המשתמש ליוצרים האורקוליים במסגרת של ניהול זכויות פרטנית, מטעמי שמרנות, נעשה שימוש בפרק זה באומדן ההכנסה השנתית הממוצעת מתמלוגים ליוצר מעסקה, כפי שנמצאה בסעיף 7.2 על מנת לבחון את העודף/גירעון ליוצר הבודד במסגרת ניהול הזכויות הפרטנית להלן.

ניהול זכויות פרטני – עסקה שכוננה:

ממוצע שנתי ליוצר לעסקה במחירים קבועים 12/2010	
1,123 ₪	הכנסה
2,250 ₪	עלות כינון
519 ₪	עלות מעקב גביה ואכיפה
-1,646 ₪	עודף / גירעון

ניהול זכויות פרטני – עסקה שתוחזקה:

ממוצע שנתי ליוצר לעסקה במחירים קבועים 12/2010	
1,123 ₪	הכנסה
651 ₪	עלות תחזוקה
519 ₪	עלות מעקב גביה ואכיפה
- 47 ₪	עודף / גירעון

7.4 סיכום ביניים

על פי הבחינה בפרק זה נראה, כי במסגרת של ניהול זכויות פרטניות ההכנסה הממוצעת של היוצר מתמלוגים לשנה מעסקה אינה מכסה העלויות המצוינות, הן בגין עסקה שכוננה והן בגין עסקה שתוחזקה; וזאת, בשונה מניהול זכויות משותף. על כן, נראה, כי שהתועלת ליוצר מניהול זכויות משותף גדולה יותר מהתועלת ליוצר מניהול זכויות פרטניות, וזו כשלעצמה אינה כדאית מבחינה כלכלית. המשמעות של המסקנה האחרונה היא כי חלק מהיוצרים, עשוי להיתקל במצב בו הם נעדרים מנגנון שיממש את זכותם לתמלוגים.

בנוסף, ניתן לראות ע"פ לוח מס' 1, כי העלויות לחבר בתלי אשר קיבל תמלוגים, נמוכות משמעותית מהעלויות הנגזרות מניהול פרטני של זכויות היוצרים. למעשה, היוצר נהנה מהיתרון לגודל הקיים בגוף כגון תלי, שמאפשר ליוצר להקטין את העלויות האמורות.

בכל מקרה, על מנת שמלוא רפרטואר תלי ינוהל במסגרת של ניהול פרטני נראה, כי המשתמש יידרש לנהל מאות, אם לא אלפי משאים ומתנים עם כלל היוצרים¹¹¹; וזאת, בהתאם לסוג הרישיון שיוסכם, פרטני או גורף.

כמו כן יוזכר, כי עד כה בפרק זה נעשה שימוש בסך התמלוגים, הכולל, כאמור, הן את העלויות הישירות, והן את העלויות העקיפות. סביר להניח כי במסגרת של ניהול פרטני התעריף של היוצר, שעל פיו יחושבו תמלוגיו, לא יכלול מרכיב משמעותי של עלויות עקיפות, שקיים במסגרת תלי.

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 הפרה מאשר תלי כמנהלת משותפת – דבר המקנה לה יתרון לגודל. קרוב לוודאי שעלויות האכיפה, יפחיתו את ההיתכנות של ניהול פרטני של זכויות יוצרים, אם תוספנה לעלויות ניהול הזכויות הפרטנית כפי שפורט לעיל¹¹².

על כן, מבחינת עלות - תועלת של היוצר, תוצאות הבדיקה מצביעות על חוסר כדאיות של ניהול פרטני של זכויות היוצרים בתחומים הנ"ל, עבור מרבית היוצרים; וזאת, לעומת הכדאיות של ניהול זכויות משותף.

¹¹¹ ראה סעיף 5.1 לחו"ד זו.

¹¹² לצורך אינדיקציה העלויות הללו נאמדו בכ- 4,100-50,000 ₪ בחו"ד סדן שהוגשה מטעם אקו"ם לבי"הד להגבלים עסקיים, עמוד 89.

8. המפיק כמנהל זכויות היוצרים

8.1 מעמדו של המפיק

המפיק, שהוא המוציא לפועל של היצירה האורקולית, משמש לעתים גם כחוליה המקשרת בין היצירה הגמורה ובין המשתמש. נמסר לי, כי מפיקים עשויים להיות במעמד בלתי תלוי במשתמש; כגון, מפיקים עצמאים, חברות הפקה, שלחלקן בעלות על אמצעי הפקה (כמו אולפנים וציוד צילום), ואחרים, שהם חלק אינטגרלי מהמשתמשים והם עשויים להיות מעורבים בהליכי הגיבוש והביצוע של היצירה¹¹³ עד כדי קבלת החלטות עבורם.

בחוות דעת בארי הובר, כי למעשה המפיק מצוי בתווך בין היוצר למשתמש, כשעיקר האינטרס הכלכלי שלו מצוי בצד של המשתמש – גוף השידור הטלוויזיוני (המכונה גם "פלטפורמה" משום בעלותו בתשתית), המספק לו את פרנסתו על ידי הזמנת הפקות ממנו. התלות של המפיק במשתמש נובעת בין היתר מכך שחלק מהותי מחובות הפקות המקור (עד 50%) החלות על המשתמש (הפלטפורמה) יכול המשתמש לבצע בעצמו. בפועל המשתמשים מפיקים בעצמן עד למגבלה הרגולטורית (כ-50%)¹¹⁴.

מכאן, שבחלק 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 שמשולב במשתמש אינו במצב בו הוא יכול לראות את טובתו הבלעדית של היוצר מול עיניו והוא, בדרך כלל, ישרת, לפחות חלקית, את האינטרסים של מעסיקו – המשתמש. לכן, הוא יתקשה בייצוג האינטרסים הבלעדיים של היוצר בניהול זכויותיו אל מול המשתמש.

בהקשר זה יאוזכר, כי שלבי ייצור היצירה האורקולית, ההשקעה הגבוהה שנדרשת, לא אחת, ליצירתה, ההסתברות הנמוכה להצלח תה, והתנאים שעל פיהם ייעשה השימוש בה¹¹⁵ יוצרים ממילא תלות כלכלית של היוצר במשתמשים, שברשותם מידע א-סימטרי וכוח מיקוח עדיף יחסית ליוצר וכל מי שמדבר בשמו¹¹⁶. המפיק, שכאמור קרוב יותר לאינטרסים של המשתמש, נכנע בדרך כלל לאינטרסים של המשתמש על חשבון הצד החלש בהתקשרות – היוצר. לכן, הפקדת ניהול זכויות היוצרים בידי המפיק תהיה, במקרים רבים, על חשבון רווחתו של היוצר; וזאת, אף בטרם נדונה התמורה שלה זכאי המפיק עבור שירותי הניהול.

נמסר לי כי חברות הפקה מוקמות במקרים רבים ממוטיבציה שאיננה כספית בעיקרה. תוחלת החיים של חברת הפקה היא מהקצרות בעולם העסקי. סרטי קולנוע מופקים מלכתחילה על ידי חברות חד פעמיות המוקמות אד הוק לצורך ההפקה ונסגרות לאחר מכן. בעשר השנים האחרונות זכורות מספר נפילות של חברות הפקה, במקרים רבים של חברות שהביאו למסך יצירות מוצלחות

¹¹³ חו"ד בארי, עמ' 1 ותצהירו של אבי שמש, עמ' 4.

¹¹⁴ שם, עמ' 10.

¹¹⁵ למשל, שיבוץ היצירה בלוח השידורים, משבצת הזמן, חזרות וכד'.

¹¹⁶ ראו סעיף 4.5 לעיל.

מאוד ¹¹⁷. מר פרדריק יאנג ¹¹⁸ ציין במהלך עדותו בהליך הבוררות האמור, כי על פי ניסיונו, משך קיומה הממוצע של חברת הפקה קצר יותר מאורך החיים היצירתי של יוצר ^{119 120}. כתוצאה מכך, היה ובידי מפיק מצויות זכויות יוצרים של יצירה, אזי לאחר שהוא חדל מפעילות נפסק גם הייצוג ההולם של האינטרס של היוצר על ידו ¹²¹. התופעה הזו מתעצמת במבנים משפטיים שונים שאת תכונותיהם מנסים לנצל למטרות אחרות, כמו תאגידים שהן חברות בע"מ. רק הסדרים משפטיים מורכבים (כמו פירוק ומכירת הזכויות) מאפשרים המשך ניהול של הזכויות במקרים מעין אלה.

גם ביתר המקרים סביר להניח שקיימת תלות, לפחות חלקית, בין המפיק והמשתמש, שמהווה, לא אחת, לקוח רב פעמי של המפיק. כתוצאה מכך, חיותו המקצועית והכלכלית והמוניטין שהמפיק מפתח תלויים במידה לא מבוטלת במשתמש הבודד, במיוחד אם הוא נחשב בעל עצמה בשוק, ובקהיליית המשתמשים כולה. כך, למשל, המשתמש הבודד יכול ליזום יצירות שביניהן קיימת סינרגיה שמועילה למפיק ולעתים גם ליוצר. קהיליית המשתמשים עשויה ליצור סינרגיה בהפקות משותפות, בהפקות המשך, וכד'.

מכאן, שהחלופה הנטענת, לפיה המפיק ינהל את זכויות התסריטאים והבמאים מול המשתמש, ביצירה הספציפית, לוקה בא-סימטריה טבועה ביחסים שבין המשתמש והיוצר וניגוד העניינים שמאפיין חלק גדול מההתקשרויות שכאמור, מונע מהמפיק לנהל את הזכויות באופן הוגן כלפי היוצרים.

יתירה מזאת, ע"פ העדויות בבוררות שהוזכרה לעיל ¹²² נראה, כי כוחו של המפיק ומעמדו מול המשתמש והפלטפורמה כאמור יקטין את כוח המיקוח של היוצר בחלופת המפיק, לעומת החלופה הקיימת של תלי, וכוחו יהיה דומה לזה שתואר ביחס לניהול הפרטני באמצעות היוצר עצמו. מובן, שכוח מיקוח חלש יותר יביא, בממוצע, לשחיקה בשיעור התמלוגים שניתן לקבל בתמורה לזכויות ביצירה. על אחת כמה וכמה כאשר המפיק הינו מנהל הזכויות הוא ידרוש עמלה מתאימה תמורת פעילותו בתחום ניהול הזכויות, כך שהיוצר ייצא נפגע יותר בחלופה זו.

כך, גם אם חלופת המפיק תוכל להתקיים, נראה שהיא לא תטיב עם היוצר. בכל מקרה, היא לא תשפר את הכדאיות של ביצוע הפעולות הדורשות לניהול הזכויות ולא תתרום ליעילות, כפי שמפורט להלן.

עוד יצוין, כי המפיק כמנהל זכויות יכול שיהיה מעורב בניהול של יצירה בודדת, בניהול של אגד של יצירות של יוצר מסוים או של אגד של יוצרים ויצירות. במקרה האחרון מדובר בעצם במקרה פרטי של ארגון דומה לתלי שנטייתו הטבעית היא להרחיב את היקף פעילותו באופן שהוא יידרש לאישור דומה לזה של תלי בכל הנוגע לממונה על הגבלים עסקיים.

¹¹⁷ תצהיר אבי שמש, סעיף 2.5, עמוד 8.

¹¹⁸ מנכ"ל שתי אגודות לזכויות יוצרים בבליה, La SCD ו-La SCAM, ומומחה בתחום האודיו ויזואלי שהעיד מטעם תלי בהליך הבוררות בין הוט ותלי.

¹¹⁹ פרוטוקול, עמוד 135, שורות 15-7.

¹²⁰ נמסר לי, כי יאנג התייחס באמירה זו לשוק האירופאי.

¹²¹ שם, עמוד 135.

¹²² עדויות אילן שחורי, ע"מ 150; מירב בארי, עמ' 4-793, 823.

8.2 בחינת התועלת הכלכלית

על מנת לבחון את התועלת הכלכלית שהיוצר הבודד יפיק מ חלופת המפיק הונח, כי המפיק יידרש לביצוע פעולות, אשר חלקן המכריע מבוצע כיום על ידי תלי ואשר יוחסו לביצוע על ידי היוצר בחלופה של ניהול פרטני בפרק 5 לעיל.

כאמור בפרק מס' 7, מבחינה כלכלית התועלת של ניהול זכויות יוצרים ליוצר הבודד רבה יותר במסגרת של ניהול משותף לעומת התועלת האמורה במסגרת של ניהול פרטני; וזאת, בין היתר, בעקבות היתרון לגודל הקיים בניהול משותף כדוגמת תלי.

על כן, נראה כי המסקנות הללו חלות גם בחלופת המפיק; וזאת, עוד בטרם נמצא כי הפעולות האמורות ניתנות לביצוע על ידי המפיק, כפי שיצוין, ובהתייחס לפרמטרים שהוצגו בבחינה האמורה, כפי שיפורטו להלן.

בבחינה שנערכה בפרק 7 נעשה שימוש במספר תנאים (להלן: "התנאים"), שנראה כי המפיק יידרש לקיים על מנת שהתועלת ליוצר הבודד בחלופת המפיק לא תקטן מהתועלת המופקת ליוצר הבודד במסגרת הניהול המשותף בתלי. להן פירוט התנאים והשפעתם על חלופת המפיק:

1. ההכנסה הממוצעת ליוצר בשנה מעסקה נאמדה בעזרת סך התמלוגים שתלי קיבלה מהמשתמשים. תלי כאמור חותמת על הסכמי רישיון שמיכה בגין שימוש ברפרטואר רחב של יצירות. בהנחה שהמפיק ינהל מו"מ עבור יוצר בודד ו/או מספר יוצרים, סביר להניח, כי כמות היצירות שהוא ייצג, בנפרד ובמצטבר, תהיה מועטה מכמות היצירות הנכללות ברפרטואר תלי¹²³. על כן, נראה כי כוח המיקוח של המפיק מול המשתמש יהיה נמוך יותר מכוח המיקוח של תלי; וזאת, כתוצאה מהיתרון לגודל¹²⁴.
- פועל יוצא של הקיטון האמור עלול להיות תמורה נמוכה יותר ליוצר הבודד לעומת התמלוגים שהאמור מקבל מתלי כיום. כך, נראה כי סביר להניח שההכנסה הממוצעת ליוצר לשנה מעסקה בחלופת המפיק תהיה נמוכה מההכנסה האמורה של היוצר הבודד, חבר תלי, המקבל הכנסה מתמלוגים שנמצאה בפרק 7.2.

2. כאמור בסעיף 7.2 74.81% מסך התמלוגים שהתקבלו במהלך השנים 2005-2009 מתחלק לכ-19.49% מכלל היוצרים. על כן, קיימת חשיבות לתמהיל של היוצרים שהמפיק ייצג. בהנחה והמפיק ייצג יוצרים שאינם מהווים את התמהיל המתאים הרי שיתכן כי ההכנסה הממוצעת של היוצר לשנה מעסקה תקטן מההכנסה האמורה שנמצאה בסעיף 7.2.

3. בפרק 6 נמצא כי העלויות המיוחדות לחבר תלי המקבל הכנסה מתמלוגים בממוצע נמוכות מהעלויות הצפויות ליוצר במסגרת של ניהול פרטני. כך, נראה שעל מנת שהעלויות בחלופת המפיק לא יהיו גבוהות מהעלויות האמורות לחבר תלי המקבל הכנסה

¹²³ אלא אם כן המפיק ייצג את מספר היוצרים החברים בתלי כיום.

¹²⁴ ובהמשך לאמור בסעיף 8.1.

מתמלוגים המפיק יידרש , בין היתר , לייצג כמות רבה של יוצרים ¹²⁵ וככל שמספר זה יגדל, נראה כי המפיק יידרש להרחיב את נפח פעילותו כך שניתן להניח שהעלויות הכרוכות בכך יהיו דומות לעלויותיה של תלי.

4. בנוסף, סביר להניח כי המפיק ידרוש עמלה בעבור השירות שהוא יספק ליוצר . בהנחה והמפיק ייצג מספר רב של יוצרים , בדומה לתלי, הרי שניתן להניח שחלק מהעלויות של תלי, יהווה רווח למפיק ולא תחולק.

כך, נראה שעל פי האמור לעיל סביר להניח ש העודף שיוותר ליוצר הבודד מקיזוז העלויות מההכנסות בחלופת המפיק יקטן מהעודף האמור של היוצר הבודד במסגרת תלי , כפי שמצוין בסעיף 7.3.

בנוסף, נראה כי על מנת שהתועלת ליוצר הבודד בחלופת המפיק לא תפחת מהתועלת של היוצר הבודד במסגרת תלי, המפיק יידרש לייצג אגד של יוצרים עד כדי מספר חברי תלי כיום . על כן, ככל שהמפיק יקיף מ גוון רחב יותר של יוצרים כך הוא יידרש , כמו תלי, לאישור מתאים של הממונה על הגבלים עסקיים על כל המשתמע מכך.

כאמור, ההנחות שהוצגו לעיל מתייחסות לחלופת המפיק בהינתן ובחלופה זו המפיק יבצע את הפעולות אותן תלי מבצעת היום.

בהקשר זה יצוין, כי לא ברור אם תהיה בידי המפיק היכולת לאתר משתמשים ולנהל מו"מ מול משתמשים שאינם משתמשים מסודרים, כמו תאגידי שידור , בכל הנוגע לביצוע הפומבי של היצירות. יצוין, כי נכון למועד כתיבת חו"ד זו, תלי אינה עוסקת בגביית תמלוגים מול המשתמשים הללו בשל העלויות והמשאבים הכרוכים בכך, אך היא מתעתדת לעשות זאת בשנים הבאות. סביר להניח שתחום זה יצריך משאבים רבים שאינם בידי המפיק.

בנוסף, על מנת לבצע את פעולות המעקב והרישום נראה כי המפיק יידרש לקשר שוטף עם היוצרים הקשורים אליו עם המשתמשים, הן מול מזמין היצירה בה נעשה שימוש והן מול משתמשים מאוחרים יותר ביצירה; וזאת, על מנת לתעד את האינפורמציה הנדרשת לצורך גביית התמלוגים ובמקרה הצורך, אף לצורכי אכיפה.

נראה כי עיקר המורכבות הטמונה במעקב אחר השימושים ביצירה על ידי המפיק ניתנת להמחשה ע"פ נתונים שהתקבלו מתלי אודות השנים 2007-2010. ע"פ הנתונים האמורים, ב-434 יצירות הנכללות ברפרטואר תלי, למצער, נעשה שימוש על ידי שני משתמשים או יותר במהלך התקופה האמורה; וזאת, ללא בחינת השימוש ביצירות הללו באתרי האינטרנט ושירותי ה VOD בתקופה האמורה ¹²⁶. להלן מספר דוגמאות ליצירות הללו:

¹²⁵ כתוצאה מהיתרון לגודל.

¹²⁶ נמסר לי כי הנתונים שבידי תלי אודות השימושים באתרי האינטרנט-ה VOD הוא חלקי מאוד.

1. היצירה חסמבה ונערי ההפקר – בשנת 2007 היצירה שודרה בערוץ 10 וביס, בשנת 2009 היצירה שודרה ביס וע"י IVP, ובשנת 2010 היצירה שודרה ביס, בהוט וע"י IVP.

2. היצירה חמש מאות אלף שחור – בשנת 2007 היצירה שודרה ביס, בשנת 2008 היצירה שודרה ביס, בשנת 2009 היצירה שודרה ביס וע"י IVP, ובשנת 2010 היצירה שודרה ביס בהוט ובערוץ 2.

3. היצירה המנגליסטים – בשנת 2007 היצירה שודרה בהוט, בשנת 2008 היצירה שודרה ביס ובערוץ 2, בשנת 2009 היצירה שודרה ביס ובישראל 10, ובשנת 2010 היצירה שודרה ביס, בהוט ובערוץ 10.

כך, ניתן לראות כי השימוש ביצירות הנכללות ברפרטואר תלי הוא בחלקו כביצירות מדף - יצירות בהן נעשה שימוש על ידי משתמשים מאוחרים יותר, שאינם המשתמש שהזמין את היצירה; וזאת, כאמור לעיל, ללא בחינת השימוש בפועל ביצירות הללו בתקופה האמורה באתרי האינטרנט ובשירותי ה VOD. יצוין כי, סביר להניח שככל שתגדל הפעילות של משתמשים הללו, כפי שתלי צופה, יגדל גם השימוש ביצירות על ידי המשתמשים כביצירות מדף; וזאת, אף מעבר לשימוש האמור במהלך בשנים 2007-2010.

לאור העלויות והמורכבות של הפעולות שצוינו לעיל סביר להניח, כאמור, כי יתכן ויקום גוף אשר יבצע את פעולות המעקב והרישום אחר השימוש בזכויות היוצרים, בדומה לאופן בו תלי מבצעת את הפעולות הללו כיום. יצוין, כי אם יהיה מדובר בחברה מסחרית, יתכן ועלויות המעקב והרישום יהיו אף גבוהות יותר מהעלויות של תלי כיום¹²⁷. בכל מקרה, התאגדות מסוג זה עשויה להידרש לאישור של הממונה, כפי שהאישור נדרש מתלי.

על כן, נראה כי בבואנו לבחון את התועלת הכלכלית ליוצר הבודד ב חלופת המפיק יש להתייחס גם לעלויות הנוספות שיוטלו על היוצרים, שנראה כי יתווספו בכל הנוגע לפעולות המעקב ורישום אחר השימוש בזכויות היוצרים; וזאת, אף בנוסף לעלויות של תלי כיום.

8.3 סיכום ביניים

מהטעמים שפורטו לעיל, נראה, כי התועלת הכלכלית ליוצר הבודד ב חלופת המפיק תהיה נמוכה יותר מהתועלת הכלכלית של היוצר ממסגרת ניהול זכויות באמצעות תלי. יתר על כן, ככל שמפיק ירחיב את מסגרת הניהול ליוצרים ויצירות רבים יותר, כך, כנראה, הוא יידרש לאישור של הממונה בדומה לתלי. אולם, פיצול ניהול הזכויות הקולקטיבי בין מפיקים מביא לאובדן היעילויות הגלומות בהסדר תלי בעוד שאינו מניב תועלות נוספות. יתר על כן, לאור מעמדו של

¹²⁷ כאמור בפרק 6, עלויות המעקב, גביה ואכיפה נאמדו בכ- 519 ₪ לשנה; וזאת, בשעה שהעלויות הללו נאמדו בכ- 122 ₪ בממוצע לעסקה לשנה לחבר תלי המקבל הכנסה מתמלוגים.

המפיק ותלותו במשתמש לא ניתן לצפות כי ניהול זכויות יוצרים על ידו י פתור באופן ממשי את הכשל הטמון בא-סימטריה שבין היוצר למשתמש.

בנוסף, אין זה מחייב כי בשנה שבה ייחתם ההסכם הרישיון מול המשתמש יעשה שימוש ביצירה באותה השנה או אף בשנים הבאות. שיעור החברים אשר קיבלו תמלוגים בגין שימוש ביצירותיהם, מסך חברי תלי הרשומים הלך וגדל, מ-51% ב-2005 ל-64% בשנת 2009. עם זאת, מדי שנה, לא נעשה שימוש ביצירותיהם של מעבר לשליש מחברי תלי. על כן, בחלופה זו יתכן שהמפיק ידרוש היוצרים מהיוצר פיצוי בגין ניהול זכויותיו.

מאחר ונראה כי חלופת המפיק כמנהל זכויות היוצרים בעבור שימושים ביצירות בישראל אינה יעילה מבחינה כלכלית על פני החלופה הקיימת, תלי, וכמו כן, לא נראה כי היא תיתכן חיות מבחינה כלכלית לאורך זמן, היעילות הכלכלית וההיתכנות של החלופה האמורה בנוגע לשימושים ביצירות מחוץ למדינת ישראל לא נבדקה; וזאת, כאמור, כיוון שסביר להניח כי העלויות הללו יהיו גבוהות יותר מהעלויות הכרוכות בניהול זכויות היוצרים בישראל.

9. ניהול משותף ופרטני של זכויות יוצרים מבחינת המשתמשים

9.1 מבוא

בפרק זה יבחנו ההשלכות של ניהול זכויות היוצרים ללא תלי¹²⁸, מנקודת מבטם של המשתמשים. לעניין זה תיערך השוואה בין התועלת של המשתמשים מניהול משותף של זכויות היוצרים לעומת ניהול פרטני, בין אם על ידי היוצרים בעלי הזכויות או על ידי המפיקים שאליהם הועברו הזכויות. כיוון שניהול פרטני של הזכויות מקיף גם את הניהול באמצעות המפיקים, כפי שהוסבר בפרק 8, די בהשוואה בין התועלת למשתמשים מהניהול באמצעות תלי לבין התועלת מהניהול הפרטני באמצעות היוצרים עצמם כדי לבחון את סוגיית התועלת היחסית של המשתמשים מקיום ניהול משותף.

ההשוואה כאמור תיערך להלן בקשר עם פונקציות הביצוע של ניהול הזכויות כמוסבר בפרק 5 לעיל ותדון גם בכוח המיקוח היחסי, בא-סימטריה של המידע ובאי הוודאות וחלוקת הסיכון בין הצדדים. הפרק אינו עוסק בהיבטים השונים של השלב הטרורם הפקתי של ההתקשרות בין המשתמש ליוצר.

9.2 כינון ותחזוקת עסקה

ליוצר הבודד יש זכויות יוצרים על פי דין בגין היצירות שהוא תרם ליצירתן. כל עוד אלו מנוהלות באופן פרטני, היוצר או מי מטעמו מתקשר עם משתמשים ומסדיר את רישיון השימוש ביצירות, שכולל את מושא השימוש ואת התעריף שישולם עבורו. משטר הרישיונות יכול שיהיה פרטני עבור הזכויות של כל יצירה בנפרד ויכול שיהיה עבור הזכויות של אגד היצירות שבחיבור היוצר. הרישיון עשוי להתבסס על תשלום קבוע ליוצר לתקופה קצובה, שאפשר שיתחדש מידי תקופה, או על תשלום לפי שימוש באותן יצירות.

כדי להגיע להסכמה בין הצדדים, המשתמש יידרש להעריך את מידת השימוש והאטרקטיביות של היצירות שבגינן ניתן הרישיון ואת התועלת שממנה הוא עשוי ליהנות מהשימוש בהן והיוצר יידרש להעריך את התועלת שהוא מצפה לקבל מהענקת הרישיון. התעריפים והתנאים שיקבעו אמורים לשקף את שיווי המשקל בין הערכותיהם האמורות, כפי שיעלו במשא ומתן בין הצדדים. היה וליצירה יש מספר תורמים שהם בעלי זכויות עשוי להיווצר מצב בו שימוש ביצירה מסוימת יידרש לרישיון פרטני מכל אחד מהשותפים ליצירה.

בין שמדובר ביצירה בודדת ובין שמדובר באגד של יצירות (להלן יחדיו: **יצירה בודדת**) צפיה להתקיים א-סימטריה בין הצדדים לעסקה באשר להערכת התועלת של המשתמשים מהיצירה.

¹²⁸ ע"פ חלופת המפיק או בהנחה והיוצר ינהל את זכויותיו.

אין מדובר כאן במערך שוקי באשר ליצירה הבודדת, כיוון שמנקודת ראות היוצר, יש לו מעמד מונופוליסטי, שתועלתו מבוססת, בין היתר, על השקעת משאבים, שעיקרה עבודה, ועל מחויבות נפשית ליצירה, כאשר מנגד, מנקודת ראות המשתמשים, נבחנת היצירה ותועלתה בהקשר של פורטפוליו של יצירות, שמתקיימת ביניהן מידה כזו או אחרת של תחליפיות. א-סימטריה זו עומדת בבסיסו של המשא ומתן שמתנהל בין הצדדים בהתחשב בכוח המיקוח שלהם.

בפרק 4 לעיל, דנו בהיבטים שונים של הא-סימטריה האמורה והשפעתה על כוח המיקוח של הצדדים ועל תוצאות אפשריות של המ"ומ ביניהם. נראה, כי בתנאים של ניהול פרטני של זכויות היוצרים ביצירות המשתמשים יידרשו לנהל משא ומתן בגין כל רישיון ליצירה בודדת עד כדי מספר יוצרים ליצירה, וכגודל הביקוש שלהם ליצירות כך יגדל מספר המשאים ומתנים שהם יידרשו לנהל, עד כדי אלפים ויותר¹²⁹, אם מדובר בכל הספקטרום של היצירות והיוצרים שברפרטואר תלי ואם מדובר בניהול מ"ומ באמצעות המפיקים, המספר מתכנס לכל הפחות לעשרות¹³⁰. המורכבות של המשאים ומתנים עבור המשתמשים מסתבכת יותר בתנאי ניהול פרטני, אם זכויות היוצרים עוברות בירושה לשאירים או ליורשים אחרים, שכן במקרים אלה עשויים להיות מספר שותפים לזכות כמספר היורשים והם "ומ אמור אז להתנהל בין כל משתמש לכל אחד מהיורשים או נציגיהם.

כל זאת, בניגוד למצב בו הוא 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 מירבית שמשקפת את מספר המשתמשים הפוטנציאלי. אין ספק שצמצום זה מקטין את נטל הוצאות העסקה על המשתמשים, אפילו בהנחה שמו"מ על רישיון גורף נדרש לעלויות כבדות יותר מזה של עסקה בקשר עם יצירה בודדת. לאינדיקציה בדבר הפערים נא עיינו בסעיף 6.3 לעיל.

בדומה ליוצר הבודד לתלי, גם חידוש ההתקשרות עם היוצר יצריך משאבים נוספים מצד המשתמשים. ככל שחלו שינויים יותר משמעותיים, ובעיקר מורכבים, בפרמטרים של הרישיון שהונפק בעת כינונו, כך המשא ומתן בעת חידוש הרישיון יידרש ליותר משאבים משני הצדדים. סביר להניח, שמשך זמן ארוך יותר לחיות של רישיון יביא לשינויים כאמור. לכן, גם בהקשר לחידוש רישיון, ניתן לצפות לעלות נמוכה יותר שתושת על המשתמשים (ועל היוצרים) ככל שמספר המשאים ומתנים לחידוש הרישיונות יקטן; ובהקשר של חוות דעת זו, העלות לשני הצדדים תהיה נמוכה יותר ברמת האגרגציה וגם, כנראה, ברמה האינדיבידואלית כאשר היוצרים ינהלו את זכויותיהם במשותף.

לסיכום, ללא תלי, נראה כי המשתמש יצטרך להשקיע משאבים נוספים, מעבר למשאבים להם הוא נדרש כיום על מנת לכוון ולתחזק את עסקאות הרישוי עם כלל היוצרים¹³¹.

¹²⁹ אם ההסכם יהיה בעבור שימוש ביצירה בודדת, כאמור בסעיף 5.1.

¹³⁰ ע"פ חלופת המפיק, פרק 8 לעיל.

¹³¹ נמסר לי כי:

מו"מ אחד עבור מאות תסריטאים ובמאים חוסך את העלויות של מאות מו"מ נפרדים מול גורמים שונים

9.3 מעקב אחר שימושים, דיווח ותשלום תמלוגים

סביר להניח, כי רישיון שיונפק למשתמש, בין אם ליצירה בודדת ובין אם גורף, יכלול חובת דיווח של המשתמש למנהל הזכויות בדבר השימושים שנעשו במהלך התקופה שנקבעה בהסכם הרישיון. פשיטא, שהמשתמש יידרש למסור את הדיווחים הללו לכל מנהל זכויות שהענן יק לו רישיון. ממילא, ככל שמספר מעניקי הרישיונות גדול יותר הדיווח הפרטני בגין כל יצירה שבה עושים שימוש מתרחב ועמו עלות הדיווח.

לשם כך, כל משתמש בעל רישיון כלשהו יידרש לנהל מאגר, הכולל את רשימת היצירות האורקוליות שעבורן יש בידי רישיון ואת בעלי הזכויות באותן יצירות; זאת, על מנת שיהיה בידי כלי לאיסוף המידע אודות השימושים ולדיווח בהתאם. בנוסף, המאגר יהווה בסיס למעקב אחרי חישוב התמלוגים ותשלומם, בהתאם לרישיון(ות) הנוגעים לאותה יצירה. שכן, יתכן קיומם של מספר בעלי זכויות עבור אותה יצירה, כאשר אין הכרח שתנאי הרישיונות הפרטניים שלהם יהיו זהים. לכן, מאגר המעקב, הדיווח והתשלומים יהיה מורכב יותר עבור מצב של רישיונות פרטניים ליצירה לעומת מצב בו קיים רישיון גורף שמענק על ידי תלי; המשתמש יידרש להשקיע משאבים, כגון שעות עבודה והוצאות מחשוב עבור התנהלות והתחשבות עבור כל יצירה מורשית למול כל יוצר בנפרד, בשונה להתנהלות מרוכזת מול גוף אחד כמו תלי.

בהנחה שהמשתמש יידרש להתנהל מול מפיק שמנהל את זכויות היוצרים של היצירות האורקוליות, המשתמש יידרש לשלוח לכל מפיק את רשימת השימושים של היצירות המנוהלות על ידו, ואולי אף לחשב באופן נפרד את התמלוגים המגיעים לכל יוצר ולכל יצירה בנפרד, בהתאם לרישיונות הספציפיים שבידו.

במקרים של אי הסכמות, יתכן שהמשתמש יידרש לנהל הליכים משפטיים פרטניים מול כל יוצר, או מי מטעמו. מצב זה יגרום לעלויות משפטיות נוספות מצד המשתמש. יתכן, כי בחלק מהמקרים התועלת הכלכלית למשתמש משימוש ביצירות הללו תהיה פחותה מהנזק שיכול להיגרם למשתמש, במקרה שהוא יידרש לנהל את ההליך המשפטי האמור מול היוצר¹³².

על כן, בדומה לאמור לעיל, נראה כי המשתמש יצטרך להשקיע משאבים נוספים, מעבר למשאבים להם הוא נדרש כיום על מנת לעקוב אחר השימוש ביצירות ולשלם את התמלוגים ליוצרים.

(יוצרים, עורכי דין, סוכנים וכיו"ב). כמו כן, במצב זה נוצרת אי ודאות כלכלית הנחסכת במקרה של רישיון שמכה הנותן ודאות כלכלית למספר שנים. רישיון שמכה הוא גם ברור ומדויק לעומת ריבוי הרשאות חוזיות בעלות תנאים שונים. בנוסף, תלי היא גוף מקצועי בתחום התמלוגים ועובדה זו מאפשרת לקיים עימה שיח כלכלי ומשפטי ענייני ומקצועי.

גם בנקודה זו, ככל שהמשתמש קטן יותר וככל שהוא רוצה להשתמש בחופשיות ביצירות אורקוליות שאין לו נגישות ליוצרים שלהם, קיומה של חברת תמלוגים תורם להשגת תוצאות מועילות לצדדים.

¹³² ראה פרוטוקול עדותו של מר מוקדי בבוררות, לפיו הוט אינה מעוניינת בהתנהלות של תביעות פרטניות של תסריטאים ובימאים, עמ' 39-40.