



חוות דעת מומחה כלכלי

מרב בארי

בית המשפט המחוזי בירושלים - בשבתו כבית דין להגבלים עסקיים

בקשה לאישור הסדר כובל

תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ

אוגוסט 2013



תוכן עניינים

3	1 מבוא
3	1.1 כללי
4	1.2 תקציר ניסיוני המקצועי
6	1.3 מקורות מידע
7	1.4 תמצית חוות הדעת ועיקרי הממצאים
10	2 פעילות תלי – על קצה המזלג
11	3 יצירות אורקוליות, המשתמשים והשפעת השינויים הטכנולוגיים על התנהלותם
11	3.1 מאפייני היצירה האורקולית, יוצריה המרכזיים
12	3.2 הפקת היצירה - המפיק וגופי השידור המממנים
16	3.3 המשתמשים
20	3.4 היקפן ותפוצתן של יצירות אורקוליות בעידן ריבוי המסכים
23	4 בחינת מודלים חלופיים לתלי
23	4.1 מסקנת סדן - קיימים יתרונות לגודל משמעותיים
24	4.2 מצב של ריבוי חברות לזכויות יוצרים אינו יעיל
30	4.3 חלופת ייצוג על ידי המפיק בעייתית ואינה ישימה
36	5 סיכום



1 מבוא

1.1 כללי

אני, מרב בארי, ת.ז. מספר 02367171-2, החתומה מטה, נתבקשתי על ידי תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ (להלן: "תל"י") ובאי כוחה, לחוות את דעתי המקצועית בשאלות כלכליות מסוימות שהתעוררו במהלך דיוני תל"י עם אנשי רשות ההגבלים העסקיים, לגבי מודלים חלופיים להסדר ניהול משותף של זכויות יוצרים של התסריטאים והבימאים חברי תל"י (להלן: "היוצרים"), היתכנותם הכלכלית והשוואתם במימד היעילות והתועלת הגלומה בהם למודל הגלום בהסדר ניהול הזכויות הקיים, הכל באספקלריית "טובת הציבור" במובן סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים").

עיסוקה של תל"י הוא באכיפת זכויות יוצרים של הבמאים והתסריטאים חברי תל"י (הכוונה בעיקר לזכות היוצר שלא יתקיים ביצוע פומבי של יצירתו אלא בהסכמתו המוקדמת), גביית תמלוגים וחלוקתם עבור היוצרים, חברה, ממשתמשים בזכויות אלה. לפיכך המודלים שנדונו, ושאת ניתוח התכנותם אביא להלן, הם מודלים האמורים לאפשר אכיפת זכויות יוצרים, גבייה עבורן וחלוקתן ליוצרים, בעליהן, בצורה ישימה ויעילה, תוך מינימום פגיעה תחרותית.

אני מבססת את חוות דעתי על יותר מעשור של הכרות עמוקה וקרובה עם ניתוח כלכלי תחרותי סדור של כלל שווקי התקשורת: תשתיות תקשורת חוטיות (בזק וכבלים) ואלחוטיות (לוויניות וסלולריות), שוק הטלוויזיה הרב ערוצית, שוק הטלוויזיה המסחרית, תחום הפרסום הטלוויזיוני, שוק רכש התכנים האורקוליים (Audiovisual Works), שווקי הפקת הערוצים והתכנים, והכרות עמוקה עם פעילות יוצרים – בימאים ותסריטאים, תהליך היצירה, ומערך הכוחות ביניהם לבין יתר הפעילים.

היכרותי זו מבוססת, בין היתר, על ניתוחי השווקים האמורים שנעשו על ידי לאורך שנים במסגרת תפקידי השונים ברשות ההגבלים העסקיים (ובמיוחד אחריותי הישירה לאלה: ניתוח מיזוג חברות הכבלים, שכלל ניתוח כוח הרכש של החברה הממוזגת כלפי היוצרים, ניתוח שוק ההפקה והיצירה, וניתוח כוחה המונופוליסטי של חברת הכבלים (2002-2003); ניתוח ירידת זכייני ערוץ 2 מ-3 זכיינים ל-2 זכיינים (2004); ניתוח שת"פ בין זכייני ערוץ 2 אגב כניסת ערוץ 10 לתחרות ועוד;

בין היתר כיהנתי כחברה בועדה לבחינת מדיניות וכלכלי תחרות בשוק התקשורת בישראל ("ועדת גרונאו") (2006-2007).

בנוסף, הכרתי עם הנושא מקורה בבדיקה נרחבת שביצעתי עבור תל"י במסגרת בורות בין תל"י לבין HOT – בפני כבוד השופט בדימוס שמגר – ספטמבר 2009, בה ניתחתי את מאפייני השוק בו פועלים היוצרים והמשתמשים לצורך מודל תמחור של תמלוגים שצריכה היתר HOT לשלם לתל"י;

עסקתי בשנים האחרונות בבחינת שווקי התקשורת הנייחת, התקשורת הסלולרית, האינטרנט ותשתיות פס רחב. זאת, במסגרת מספר תיקים בהם יעצתי בשנים 2010-2013.



אני נותנת חוות דעתי זו במקום עדות בבית משפט ואני מצהירה בזאת כי ידוע לי היטב, שלעניין הוראות החוק הפלילי בדבר עדות שקר באזהרה בבית משפט, דין חוות דעתי זו, כשהיא חתומה על ידי, כדין עדות באזהרה שנתתי בבית המשפט.

חוות דעת זו היא לצורך ההליך האמור בלבד, וכל שימוש בה שאינו לצורך זה דורש את הסכמתי מראש ובכתב. בכל מקום בחוות הדעת בו התייחסתי לקביעות או עמדות משפטיות, הדבר נעשה על בסיס ייעוץ משפטי שקיבלתי, אף אם לא צוין במפורש.

1.2 תקציר ניסיוני המקצועי

פרטי השכלה:

M.A. בכלכלה, האוניברסיטה העברית, ירושלים 1996 - תחומי התמחות: מיקרו, מסחר בינלאומי.

B.A. בכלכלה, אוניברסיטת בן-גוריון, 1993. מגמת כלכלה ומנהל עסקים.

פרטי ניסיוני:

- | | | |
|-----------|--|---|
| 2009-הווה | בארי ייעוץ כלכלי בע"מ | * |
| 2009-2012 | דירקטורית מטעם הציבור ברשות להגנת הצרכן | * |
| 2010-2008 | מומחית מטעם בית משפט מחוזי (מרכז) בתביעת נזיקין בשל הפרה נטענת של חוק ההגבלים העסקיים. | * |
| 2009-2008 | מרצה באוניברסיטת בן-גוריון, החוג לכלכלה - בקורס "תחרות, הגבלים עסקיים ומבנה שווקים בישראל". | * |
| 2008-2005 | ממלאת מקום הממונה על הגבלים עסקיים. מנהלת המחלקה הכלכלית רשות ההגבלים העסקיים ומשנה לממונה על הגבלים עסקיים. | * |
| 2007-2006 | חברה בוועדה לבחינת מדיניות וכלכלי תחרות בשוק התקשורת בישראל ("ועדת גרונאו"). | * |
| 2007-2005 | חברה בקבוצת המיזוגים של ארגון ה-ICN (International Competition Network) העוסקת ביצירת סטנדרטיים עולמיים אחידים בנוגע לניתוח תחרותי של שווקים, רפורמות בשווקים. | * |
| 2005-2001 | סגנית מנהל מחלקה כלכלית, רשות ההגבלים העסקיים. | * |
| 2000 | השתלמות בארה"ב (חודשיים) ב- FTC Federal Trade Commission ובחטיבת התחרות של משרד המשפטים האמריקאי (DOJ). | * |
| 2000-1999 | אחראית על מיזוגים וראש צוות ברשות ההגבלים עסקיים. | * |
| 1998-1997 | כלכלנית ברשות ההגבלים העסקיים. | * |
| 1997-1995 | כלכלנית, במחלקה המוניטרית, בנק ישראל. | * |



פירוט תחומי התמחות

רפורמות כלכליות

- ניתוח כלכלי של הרפורמה והשלכותיה על השוק ועל המתחרים בו ;
- ליווי חקיקה כלכלית הנוגעת ל"כללי המשחק" בשוק ;

אמידת נזק

- אמידת נזק לחברות עקב הפרת הסכם
- אמידת נזק בשל הפרת החוק
- בניית מודלים להכנסות / תשלומים

הגבלים עסקיים

- מיזוגים ורכישות והשלכותיהם על התחרות בשוק ;
- הגדרת שוק, ניתוח קיום כוח שוק, ניתוח מבנה שוק וההסתברות לפגיעה בתחרות אגב עסקה, אמידת נזק, ותובענות ייצוגיות ;
- אמידת נזק מקרטל והסדרים כובלים אחרים ;
- הכרזת מונופול, ניצול מעמד מונופולי לרעה ואמידת נזק ;
- הסכמי הפצה ואספקה ;

רגולציה כלכלית

- ניתוח לגבי שינוי צווים ותקנות והשפעתם על התנהלות השוק והתחרות ;
- התנהלות המדינה בשווקים כשחקן ורגולטור.

היצף והיטלי סחר

- ניתוח כלכלי של עבירה על חוק היטלי סחר ובחינת קיומה ;
- השפעתם של יבוא בהיצף והשפעתם של היטלי סחר על התעשייה המקומית ועל התחרות ;

הגנת הצרכן

- עברות על חוק הגנת הצרכן ותביעות בגין ;
- פעילויות לקידום הגנה על הצרכן ;

לפירוט תיקים מרכזיים בהם ביצעתי ניתוח תחרותי נא ראו **נספח ב3-1** המצורף לחוות דעתי זו.



1.3 מקורות מידע

- ידע אישי נצבר מעיסוקי בתיקים רבים בתחום התקשורת וההפקה, כמפורט במבוא ובנספח ב-1, לרבות הבוררות שבין תלי לחברת HOT ;
- חו"ד ד"ר שמחה סדן (להלן: "חוות דעת סדן"), המוגשת כנספח ב-1 לבקשה ;
- שיחות שקיימתי בהווה ובעבר עם יוצרים רבים, מפיקים, ואנשי תוכן והפקה בתאגידי שידור, מפיקי ערוצים ותכנים, גורמים ברשות השניה ובמועצה לשידורי כבלים ולוויין ;
- שיחות שקיימתי עם מומחים בינלאומיים בתחום התמלוגים, במסגרת בוררות HOT ולצורך בקשה זו ;
- תצהירי יוצרים ומפיקים במסגרת הבקשה (נספחים א 9-1 לבקשה) ;
- מידע פומבי רב בנושא היצירה וההפקה המקומית, בין היתר דוחות הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, דוחות מועצת הכבלים והלוויין, פרוטוקולים של ועדות הכנסת בנוגע לתחום היצירה המקורית ;
- נתוני ועדת המידרוג ;
- נתוני יפעת בקרת פרסום ;
- ספרות מקצועית על קניין רוחני, ובפרט על זכויות יוצרים, כשלי השוק ותחרות, בין היתר :
 - Ruth Towse & Christian Handke, Economics of Collective Management of Copyright, 2007.
 - "DECREASING COPYRIGHT ENFORCEMENT COSTS: THE SCOPE OF A GRADUATED RESPONSE" OLIVIER BOMSEL AND HERITIANA RANAIVOSON 2009 -
 - William J. Baumol & Janusz A. Ordover, Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?, in ANTITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS (Thomas .M. Jorde & David J. Teece eds., 1992)
 - Carlton & Perloff, "Modern Industrial Organization", Fourth Edition
 - J.Tirole, The Theory of Industrial Organization.



1.4 תמצית חוות הדעת ועיקרי הממצאים

לצורך בחינת החלופות להתנהלות שוק זכויות היוצרים, נדרשתי להתחיל באבני היסוד של תעשיית היצירה האורקולית, לבחון את מהות היצירה בהיבטיה הכלכליים, ההטרוגניות שלה וקיום תחלופה בין סוגות של יצירות, ומידת התחרות בין יצירות בתוך אותה סוגה.

כן בחנתי, במסגרת זו, את דרכי ההתקשרות להפקתה ושידורה של יצירה, הסיכון הגבוה הקיים ליוצר עד לשידורה ואף לאחר מכן, יחסי הכוחות בין החוליות השונות בשרשרת: יוצרים, מפיקים, פלטפורמות השידור המממנות (בהיותן צד בהפקה), והממשק, בהמשך הדרך, עם פלטפורמות שידור המשדרות יצירות אלה כמוצר מדף (שכן כל הפלטפורמות המממנות משדרות תחילה את היצירה אך רוב המשדרים אחר-כך לא היו צד להסכם ההפקה). כל זאת לאור אורך חיי היצירה וזכות היוצרים.

מהבדיקה עולה כי ניהולן הכלכלי של זכויות היוצרים הוא תחום בעל מאפיינים ייחודיים ומורכבים (אלה יפורטו בהמשך). בנוסף, מסלול היווצרותה של היצירה מתאפיין בנחיתות משמעותית של היוצר בנקודת ההתקשרות של ההפקה אל מול המפיק והפלטפורמה המממנת את ההפקה. ליוצר גם תמריץ שונה משל המפיק או המשתמשים.

לקוחותיה של חברה לניהול זכויות יוצרים הם שניים:

- **היוצרים** - במאים ותסריטאים בעלי זכויות יוצרים על פי דין, המבקשים תמורה עבור זכויותיהם, ולצורך כך צריכים ארגון שיאכוף את זכויותיהם, יתעד, יכונן עסקאות מול המשתמשים, יגבה מהם תמלוגים ויחלק לכל אחד מהיוצרים את התמורה המגיעה לו בעברו שידורי יצירותיו, בניכוי מינימום עלויות, ובכך ימקסם את הכנסתם של הבמאים והתסריטאים מזכויות היוצרים שלהם (הכנסה נטו).
- **המשתמשים בזכויות היוצרים** - גופי השידור הטלוויזיוני, סלולרי, אינטרנטי, וכן גופים המשתמשים בזכויות היוצרים לביצוע פומבי של היצירות האורקוליות. המשתמשים משדרים ערוצי טלוויזיה או שירת של "צפייה על פי דרישה".

חברת ניהול הזכויות היא החוליה המקשרת בין בעל זכויות היוצרים (במקרה זה במאי או תסריטאי) לבין התאגיד המשדר.

ניתוח מודלים חלופיים לתלי, בהם מבנה השוק יהיה של ריבויי חברות מייצגות זכויות יוצרים, מראה כי מודלים כאלה אינם יעילים, ולעיתים אינם אפשריים, ולא יביאו לתחרות המיוחלת.

מצד הביקוש של המשתמשים עולה כי: מאפייני היצירות והשוק, צורת השימוש ביצירות ומרכזיותן אצל המשדרים הטלוויזיונים, יוצרת מצב בו המשתמשים נדרשים להיצע יצירות (רפרטואר) גדול ולגמישות רבה בנגישות אליהן ושימוש בהן. עובדה זו נכונה בייחוד למשדרים שהיצירה היא לב ליבת עיסוקן, ומקור משיכת צופיהן ומנוייהן.



"רישיון השמיכה" בהיותו רישיון רחב היקף, הן מבחינת כמות היצירות והן מבחינת כמות השימושים המותרים על פיו למשתמש - מאפשר למשתמש היצע מקסימאלי ואת הגמישות הנדרשת.

מאפיין בסיסי זה של צרכי המשתמש הוא שהיצע אחסון היצירות בגופי השידור גדול מאד עד כמעט בלתי מוגבל. הצעת מגוון רחב של יצירות היא חלק מטיב השירות שביכולתם לספק לצרכניהם ולגביו מתנהלת תחרות בינם לבין עצמם. עובדה זו מובילה שוב לאינטרס של המשדר לקבלת המוצר של רישיון שמיכה האפשרי רק בחברת תמלוגים המייצגת את מרבית הרפרטואר.

הגדלת רוחב הפס מאפשרת היום לשדר ערוצים טלוויזיוניים בטכנולוגיות השונות על גבי פלטפורמות שיעודן המרכזי בעבר היה שונה. נכון להיום, ערוצי טלוויזיה משודרים באמצעות הסלולר והאינטרנט. במצב זה, בו גוף משדר ערוץ טלוויזיוני "מן המוכן", שאינו צד לבחירת התוכן, הוא יהיה חייב לרכוש "רישיון שמיכה", ובכך לוודא שאינו מפר זכויות יוצרים (בדומה לקיים בשידור יצירות מוסיקליות ברדיו וברשיונות ביצוע פומבי של מי שמשמיעים רדיו).

ניתוח ביקוש המשתמשים, ביקוש היוצרים, ויכולת ההיצע של חברה לניהול זכויות, מראה כי:

חלוקת ניהול זכויות לחברות שונות לא תביא לתחרות הרצויה, ותפגע ביעילות וביצירה

מצב של מספר חברות לניהול זכויות יביא לאיבוד יתרונות לגודל, ולעלויות גבוהות משמעותית, ולכן לקיטון ההכנסה נטו של היוצרים. כך למשל בחינת מצב בו חברת תמלוגים תייצג 20% מהיוצרים או מהיצירות (5 חברות דומות בשוק). בלא שינוי גובה התמלוג הנגבה לדקת שידור, היוצר יקבל הכנסה נטו של 50%-70% פחות ממה שהוא מקבל היום, רק בשל איבוד היעילות.

יתר על כן, נראה כי חלוקה כזו למספר חברות ניהול, אינה צפויה להביא לתחרות בין החברות המנהלות שכן המשתמשים יבקשו להתקשר בסבירות גבוהה עם החברות השונות לצורך גמישות, השלמת מגוון, וקבלת "רישיון שמיכה" לצורך "ביטוח" כנגד הפרת זכויות.

ניהול זכויות על ידי מפיק אינו פותר את בעיית היתרונות לגודל והמשא ומתן מצד אחד, ויוצר בעיות רבות אחרות מצד שני:

בישראל מאות מפיקים, ועשרות מפיקים משמעותיים. ניהול זכויות יוצרים לא יהיה יעיל בחלוקה לכל אלה.

רוב השידורים בגופי השידורים הם של צדדי ג' שאינם צד לעסקת היסוד של ההפקה. לכן לרוב אין במשא ומתן בעסקת היסוד (בין המפיק לפלטפורמה המממנת) כדי לפתור את בעיית הגביה משימושים עתידיים (שמעל ל-50% מהם בגופי הטלוויזיה הם של צד ג', וכ-100% בסלולר, באינטרנט, ובביצוע פומבי). לכן היות המפיק גורם מתווך אינו פותר את בעיית המשא ומתן הפרטני;

התיעוד והאכיפה לא יוכלו להיעשות על ידי המפיקים, שכן הם מאופיינים ביתרונות לגודל משמעותיים, ולכן ידרשו גופים חיצוניים לעשייה זו. גופים אלה יהיו ללא תמריץ ליעילות ויגבו רנטה מונופוליסטית מהיוצרים (שלא כמו גוף שבבעלות היוצרים);



חלופת המפיקים צפויה להביא לבעיות קשות של "נציג", בשל האינטרסים השונים של היוצר והמפיק, ולכן אינה ישימה כלל: המפיק תלוי לפרנסתו במימון ההפקה ע"י הפלטפורמות, לכן נתון מלכתחילה בצבת של ניגוד עניינים המונעת ממנו לייצג באופן אופטימלי את טובת היוצר מול המשדר. מקרה קיצון שאינו נדיר הוא כאשר המפיק הוא הפלטפורמה עצמה, ואז ברור כי אינו יכול לייצג את היוצר מולה; מפיקים עצמאיים נמצאים בעמדת חולשה מול הפלטפורמה בשל תלותם בפלטפורמה לפרנסתם; הקצאת תמלוגים ליוצר גורעת מן המפיק באופן ישיר. כל אלה הופכים את המפיק לנציג בעייתי של היוצר.

"משך החיים" הממוצע של חברות ההפקה הוא קצר, ובעלותם ביצירות נמכרת, ומתגלגלת באופן שאינו מאפשר מעקב לאחר שנים. בדיקה שנעשתה על יצירות תלי מראה כי יצירות משודרות גם אחרי 40 ו-50 שנים, הן בשידור טלוויזיוני, והן כיצירה על פי דרישה. להערכתי מגמה זאת תגבר בשל הדיגיטציה. לאור נדידת התכנים והמדפיות, בעולם מרובה המסכים, עסקת היסוד אינה רלוונטית לגביית התמלוגים ממשתמשים עתידיים ביצירה, שאינם צד לעסקת היסוד, ולכן חלופת המפיק אינה מהווה פיתרון.

במודל כזה היוצר מחויב למפיק היצירה, ולמעשה הוא שבוי בידי. מצב זה מקנה למפיק כוח רב מול היוצר, ויביא לצמצום התמלוג המועבר ליוצר בסופה של התחשבות.

מכאן, שהחלופה לפיה המפיק ינהל את זכויות התסריטאים והבמאים מול המשתמשים ביצירה הספציפית, לא רק שאיננה ריאלית בשל אי-הכדאיות הכלכלית מבחינת המפיק, אלא אף לוקה בא-סימטריה טבעית ביחסים שבין המשתמש והתסריטאי והבמאי. מבחינת התועלת הכלכלית, ברור כי חלופת המפיק אינה יעילה לעומת החלופה הקיימת, בה גוף יחיד בבעלות היוצרים מבצע את כל המטרות והשירותים של ניהול זכויות יוצרים, וזאת במיוחד בהעדר התכנות מעשית לתחרות.

מעבר לכך, ניהול זכויות על ידי המפיקים לא יאפשר מתן שירות חיוני הניתן על ידי אגודה בודדת לניהול זכויות, "רישיון שמיכה". ללא רישיון שמיכה לא יוכלו חברות סלולר, אתרי אינטרנט ועסקים אחרים לשדר "ערוץ טלוויזיה מן המוכן", שכן בכך הם יסתכנו בהפרת זכויות יוצרים.

לבסוף, ניסיון החיים בארץ ובחו"ל מראה כי החלופות שהועלו אינן ישימות, לא יביאו לתחרות רבה יותר, וצפויות להשית עלויות בלתי מבוטלות על היוצרים, כאלה שיביאו להקטנת הכנסתם, ולפגיעה בהיקף היצירה, ועל המשתמשים, שחלק מעלות זו תגולגל לפיתחם. לאור זאת ברור מדוע לדעת משתמשים (לדוגמה ערוץ 10 ו-YES), פעילות תלי המייצגת זכויות אלה, עדיפה עבורם. בעבר משתמשים שונים הביעו התנגדות לפיצול ולריבוי חברות תמלוגים. התנגדות לתלי כנראה אינה נובעת מרצון של גופים משדרים לתוספת חברות אלא מתקווה כי הוצאת תלי מהשוק תאפשר להם להימנע מתשלום זכויות.



2 פעילות תלי – על קצה המזלג

תלי היא חברת התמלוגים של ציבור התסריטאים והבמאים בישראל משנת 2000, יש בה כ- 1,639 חברים והיא מייצגת ומעניקה רישיונות שימוש בזכויות יוצרים של חבריה לכל גופי השידור בישראל, לחברות הסלולר, לאתרי האינטרנט המרכזיים, ולגופים נוספים, המשתמשים בזכויות היוצרים הללו לשם שימוש מסחרי (להלן – "המשתמשים").

תלי מהווה הסדר לניהול משותף של זכויות יוצרים של יצירות אורקוליות (Audiovisual Works) באמצעות ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים (או ככינויו בעולם: Royalty Collection Society, וכן - Collective Society).

הסדר ניהול הזכויות מאפשר לתלי להעניק רישיונות שימוש בזכויות היוצרים של כל חבריה, ולייצג את חבריה מול גופי השידור הצריכים רישיונות שימוש. מנגד - מקנה הסדר זה לתלי את הזכות לגביית וקבלת תמלוגים עבור חבריה, בגין זכויות היוצרים, בביצוע פומבי, שידור, השכרה והעמדה לרשות הציבור של התסריט והבימוי (להלן: "זכויות היוצרים").

תלי פועלת מול 2 קבוצות שונות של צרכנים: חברי תלי מצד אחד, והמשתמשים בזכויות חברי תלי מהצד השני. למעשה מדובר בשוק דו-צדדי, בו תלי מהווה את הגשר היעיל ביותר בין הנהנים מההסדר משני צדדיו. כל צד מפיק תועלת מוגברת מהיקף רב יותר של משתמשים מהצד השני, ועל כך אפרט בהמשך.

קבוצות צרכני תלי:

- **חברי תלי - שהם ציבור התסריטאים והבמאים בישראל** הנהנים מהמטרות והשירותים של תלי באכיפת זכויות היוצרים שלהם על ידי תלי, גביית תמלוגים עבורם וחלוקתם לחברים:
- **המשתמשים בזכויות תלי** - גופי השידור הטלוויזיוני, סלולרי, אינטרנטי, וכן גופים המשתמשים בזכויות תלי לביצוע פומבי.
- השירותים אותם מעניקה תלי, כפלטפורמת תיווך בין קבוצות הצרכנים וכן מערך גביה, חלוקה ואכיפה של הזכויות עבור היוצרים:**
- הקמתו וכינונו של הסדר ניהול הזכויות באמצעות ניהול משא ומתן עם המשתמשים המעוניינים לעשות שימוש ביצירות שברפרטואר תלי, ובמסגרת זו הענקת רישיונות למשתמשים בעבור תשלום דמי רישיון (תמלוגים);
- קיום פלטפורמה תפעולית המאפשרת תמיכה בקיום הסדר ניהול הזכויות:
- פיתוח וקיום מערך מקצועי ומיומן, לרבות בעניינים מסחריים, משפטיים וחשבונאיים;



– הקמה פיתוח ותחזוקה של מסדי נתונים ומאגר ניהול נתונים הכולל, בין היתר, פרטים לגבי יצירות של חברי תלי, סוגות, משכי זמן, שמות תסריטאים ובמאים של כל יצירה ויצירה, שמות משתמשים וכמות ומועד השימושים שלהם ביצירות חברי תלי;

- מערך גביה וחלוקה לחברי תלי;
- מערך אכיפה ונקיטת אמצעי אכיפה משפטיים כנגד מי שמפר את הזכויות;

3 יצירות אורקוליות, המשתמשים והשפעת השינויים הטכנולוגיים על היקפם והתנהלותם

3.1 מאפייני היצירה האורקולית, יוצריה המרכזיים

היצירה האורקולית מסווגת על פי ז'אנר (סוגה), כגון: דרמה, דרמה יומית (טלנובלה), סרט קולנוע, סרט תעודה, תכניות ילדים, תוכניות ריאליטי ועוד.

היוצרים המרכזיים של היצירה האורקולית: התסריטאי אחראי על כתיבת התסריט המהווה את הבסיס ליצירה – הדמויות, העלילה, הטקסט והתפיסה של היצירה. הבמאי אחראי על הגשמת התסריט והמימוש האורקולי שלו, הדרכת השחקנים וגיבוש התפיסה האורקולית שלו.

היצירות הן מוצרים הטרונניים בהיבטים רבים, וככאלה התחליפיות ביניהן אינה מלאה. עבור פלטפורמות מסוימות כגון טלוויזיה רב ערוצית או האינטרנט - היצירות אף יכולות להוות מוצרים משלימים יותר מאשר תחליפיים (בהיעדר מגבלת זמן שידור משמעותית).

קיימים מישורי בידול רבים בין יצירות אורקוליות: היצירות מתחלקות לסוגות שונות; בתוך הסוגות קיימת חלוקה לקהלי צופים: לפי גיל, שפת דיבור, וכן חלוקות ובידול לפי מאפייני היצירה כגון: רמת המשחק ושמות השחקנים, גיל היצירה, מספר הפעמים ששודרה, הצלחתה בעבר.

ככל שמאפייני שתי יצירות דומים כך הן יכולות להוות תחליף מסוים זו לזו, אך בד בבד קיימת ביניהן השלמה של מגוון. במקרים בהם מאפייני היצירה שונים, הם אינם מוצרים תחליפיים ואז היבט ההשלמה הוא ההיבט המשמעותי.

את היצירה האורקולית יכול לעשות יוצר בודד, תסריטאי ובימאי גם יחד, או יוצרים רבים, מספר תסריטאים ומספר בימאים של יצירה אחת. השונות רבה בין הסוגות ובתוך כל סוגה. מבדיקה שערכה תלי לגבי כלל היצירות של חבריה עולה כי מספר היוצרים הממוצע ביצירות משתנה בהתאם לסוגה. בסוגות בהן משולבים מספר תסריטאים וכן במאים, נבדק הממוצע של מספר היוצרים ליצירה וכן המקסימום שגרשם במסד הנתונים של תלי. להלן הנתונים.



טבלה 1 – כמות ממוצעת של יוצרים ביצירה

סוגה	ממוצע	מקסימום
סדרת דרמה	4.5	19
טלנובלה	12.5	37
תוכנית בידור/מערכונים	10.4	96

נמסר לי ממר אבי שמש כי מניתוח הנתונים עולה כי הממוצע הכללי של יוצרים ליצירות הרשומות בתלי עומד על 3.2 יוצרים חברי תלי ליצירה.

תהליך יצירת היצירה האורקולית כרוך בזמן ממושך והסתברות נמוכה להצלחה, על כך פרטתי בחוות דעתי בנושא מספטמבר 2009, המצורפת כנספח ב-2 לבקשה.

הזמנת יצירות אורקוליות נעשית לרוב על ידי גופי השידור הטלוויזיוני, ולכן הם ה"דלתות" עליהן מתדפקים היוצרים כדי שיצירותיהם יוזמנו ויובאו לשידור.

לא כל היצירות מתאימות לכל גופי השידור. כך למשל יצירות הפונות אל קהל יעד נישתי או ייעודי יכולות להיות רלוונטיות לטלוויזיה רב ערוצית והאינטרנט, בשל העדר מגבלת היצע אפקטיבית, בעוד אינן מתאימות לטלוויזיה מסחרית הפונה, בדרך כלל, אל המכנה המשותף הרחב ביותר של הצופים.

ככל שהיצע התכנים האפשרי גדול יותר, וזמינותם לצרכן גבוהה יותר, כך סביר להניח שמשך הזמן בו יעשה שימוש ביצירות ילך ויתארך.

3.2 הפקת היצירה - המפיק וגופי השידור המממנים

התקשרות של היוצר לצורך הפקה הינה בדרך כלל מול מפיק אך לעיתים גם מול פלטפורמת השידור, שמהווה מפיק בפני עצמה, ובמקרים אחרים מממנת חלק מההפקה.

המימון ליצירה בא **מספר מצומצם** של גופי שידור שעיקרם - זכייני ערוץ 2 רשת וקשת, ערוץ 10, HOT ו-YES (בטלוויזיה רב ערוצית יתכן שהמימון יבוא מערוצים נפרדים, אולם גם אלה לרוב מתפקדים כ"מפיקים" המפיקים ערוץ בהזמנת הפלטפורמה).¹ **עסקת היסוד** היא העסקה בה נקבעים מאפייני ההתקשרות ותנאי ההפקה בין היוצר המפיק והמשדר המממן. לפירוט בדבר שרשרת הפקת היצירה, הסיכון הקיים ליוצר, והנחיתות בה הוא נמצא בנקודת ההתקשרות, אני מפנה לבדיקה שערכתי בספטמבר 2009, שצורפה לחו"ד סדן, ומצורפת לבקשה כנספח ב-2.

¹ נוסף על אלה קיים השידור הציבורי. יש לציין כי בנוסף קיימות מספר קרנות ציבוריות הפועלות מתוקף חוק הקולנוע ותומכות בפיתוח ובהפקה של סרטי הקולנוע בישראל וכן סרטים תיעודיים וחלק קטן מסרטי הטלוויזיה הדרמטיים והתיעודיים.

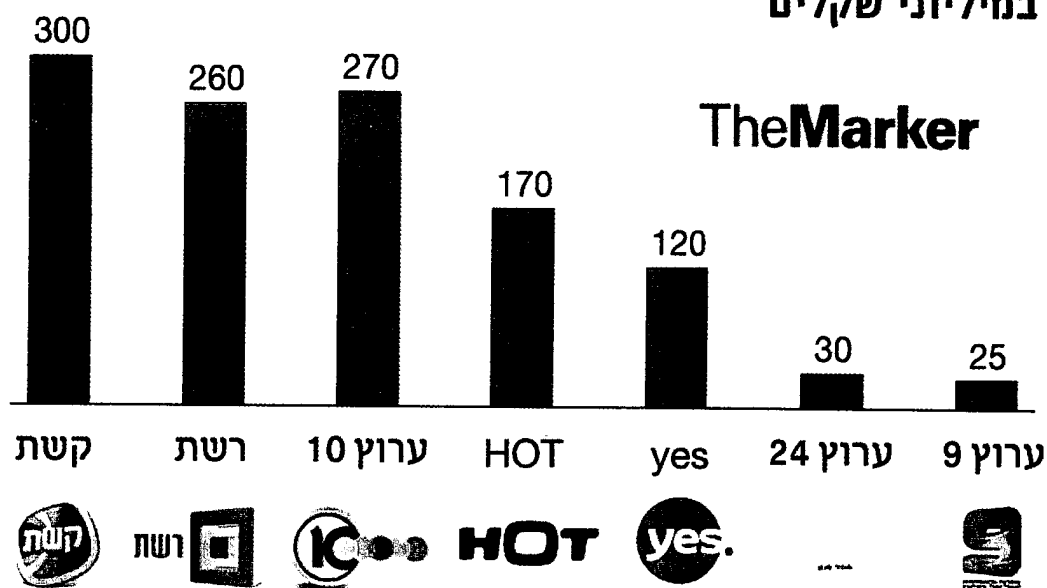


המפיק הוא חוליה המקשרת בין היוצר לבין הפלטפורמה המממנת עליה תוצג היצירה לראשונה. זאת הן כאשר מדובר ביצירה בודדת העומדת בפני עצמה במסגרת, והן כאשר היצירה היא חלק מערוץ שידור שלם המופק על ידו ומשודר לצרכן או כחלק מחבילת ערוצים.

המפיק מתקשר מצד אחד עם היוצרים, ומן הצד השני עם מפיק ערוץ או עם הגורם המשדר על גבי פלטפורמת השידור הרלוונטית (HOT, YES זכייני הטלוויזיה המסחרית, רשות השידור וכיוצ"ב). לעתים המפיק הוא הפלטפורמה המשדרת עצמה, דהיינו פלטפורמות אלה גם רוכשות אך לעתים גם מפיקות בעצמן תכנים וחלקן – גם ערוצים.

לחן חלוקת ההפקה לשנת 2011, כפי שעולה מדוחות הרשות השנייה ומועצת הכבלים והלוויין.²

גופי השידור מחזיקים את שוק התוכן השקעה שנתית ממוצעת בהפקות מקומיות*, במיליוני שקלים



*הנתונים מבוססים על דוחות הרשות השנייה ומועצת הכבלים והלוויין

יש לזכור כי היוצר מגיע למו"מ מול מפיק לאחר שהשקיע זמן רב ומשאבים (השקעה שקועה גבוהה), רצונו של היוצר הוא להיות בין "הזוכים" לקבל מימון, גם אם חלקי, לצורך פיתוח היצירה, הפקתה ושידורה. דחיית יצירתו משמעה כי כל עבודתו ירדה לטמיון. אמנם קיימות בפני היוצר אפשרויות לפנות לכמה צרכני תכנים אולם יש לזכור כי ב"שוק התקשורת" על שלל ערוציו הוא ריכוזי, שולטים

² ראו גם כתבות לגבי מערכת היחסים הסבוכה והתלות הקיימת למפיקים בגופי השידור, וחולשתם מולם בנספח ב-7 וב-8, מאתר דה מרקר ומאתר גלובס:
<http://www.globes.co.il/news> ; <http://www.themarker.com/advertising/1.1971019>



בו גופים מעטים וגם ביניהם יש בידול בסוג התוכן. לפיכך, שוק "מימון ההפקה" או "רכש" של יצירות הוא ריכוזי ביותר, במיוחד בסוגות הייחודיות לשידור אצל משדרים בודדים.

בנוסף, בזמן ההתקשרות, היוצר, אינו יודע את ההסתברויות של הפקת יצירתו, שידורה והמאמץ שיעשה בקידומה. לשני הצדדים קיימת אי ודאות בהקשר להצלחת היצירה בעתיד, התלויה בהם גם יחד, ומה יהיו השימושים העתידיים שניתן יהיה לעשות ביצירה לאורך חייה, גם לאור הצלחתה וגם לאור השינויים הטכנולוגיים הדרמטיים המתחוללים בשוקי התקשורת. כל אלה מביאים הן לחוסר ודאות לצדדים אך גם לא-סימטריה במידע בין הפלטפורמה, המפיק והיוצר, ובסיכון. עבור היוצר מדובר ביצירה יחידה, באותה עת – יש בידי הפלטפורמה שלל הצעות מיוצרים ומפיקים רבים והיא יודעת כי יזרמו אליה הצעות רבות נוספות.³

ההשקעה השקועה הגדולה לצד הסיכון באי הצלחה, מיצרים "כשל שוק" של השקעת חסר ביצירה. כשל זה מנסה המחוקק לתקן באמצעות תמלוגים.⁴ כשל שוק זה מתעצם עת עומדים היוצרים מול שוק שידור ריכוזי, כפי שקיים בישראל. כשל שוק זה יכול להתבטא בכך שהיוצרים – לו יידרשו לכך על ידי תאגיד השידור – יוותרו כליל על זכויות היוצרים שלהם כדי לאפשר את העלאת היצירה לשידור. ויתור כזה יפגע ביעילות הדינמית, וכמות היצירות שיווצרו תהיה פחותה מהרמה החברתית הרצויה.

יצירה היא סוג של "פרויקט", מיזם משותף, אשר הצלחתו תלויה בשני הצדדים לו. היוצר שולט על חלקו, ומבקש להביע עצמו ביצירה, להיות מוערך בתחומו, לצד ניסיונו להתפרנס מהיצירה. פלטפורמת השידורים מבקשת למקסם את תועלתה הכלכלית מהיצירה המופקת, ובידה להחליט באיזה ערוץ לשבצה, באיזה שעות, והאם לקדמה באמצעי קידום מכירות כגון פרסום לתוכנית, השקה של סידרה וכד'.

אשר למפיק – זה מצוי בתווך בין היוצר למשתמש, כשעיקר האינטרס הכלכלי שלו מצוי בצד של המשתמש – גוף השידור הטלוויזיוני (המכונה גם "פלטפורמה" משום בעלותו בתשתית), המספק לו

³ "DECREASING COPYRIGHT ENFORCEMENT COSTS: THE SCOPE OF A GRADUATED RESPONSE"

OLIVIER BOMSEL AND HERITIANA RANAIVOSON 2009 PP.15

⁴ דיון בכשל השוק, ובהשקעת חסר בקניין רוחני, בשל היות מוצר מאין "מוצר ציבורי" בעל השפעות חיצוניות חיוביות, ראו גם: Carlton & Perloff, "Modern Industrial Organization", Fourth Edition, וכן דיון ביעילות דינמית אל מול היעילות הסטטית ראו גם: William J. Baumol & Janusz A. Ordover, Antitrust: Source of Dynamic and Static Inefficiencies?, in ANTITRUST, INNOVATION, AND COMPETITIVENESS (Thomas M. Jorde & David J. Teece eds., 1992)



את פרנסתו על ידי הזמנת הפקות ממנו. תלות זו של המפיק במיעוט תאגידי שידור (הפלטפורמות) גורמת לכך שהמפיק נמצא בדרך כלל בעמדת חולשה מול הפלטפורמה.⁵

יוצא שגם ההתקשרות בין המפיק לפלטפורמה וכפועל יוצא ההתקשרות בין המפיק (שטובת יחסיו עם הפלטפורמה ושמירת זכויותיו שלו עומדת לנגד עיניו) - ליוצר, מוטת אינטרסים ועל כן מתקשה לשקף נכונה, מהפן הכלכלי, את מארג היחסים ולתמחר באופן כלכלי הוגן ותחרותי את התמורה המגיעה ליוצר לאורך זמן, בעד זכות היוצרים שלו. ניתן לומר כי במועד בו נעשות ההתקשרויות הללו הן אינן יכולות להביא לשווי משקל יעיל של "ייצור" יצירות שיענה על הצרכים החברתיים והכלכליים גם יחד.

עד כאן דנתי ביצירות בזמן הפקתן ושידורן הראשוני. במסגרת זו נוצר הסכם היסוד בין הפלטפורמה, המפיק, והיוצר.

אך יש לזכור כי רוב היצירות משודרות על גבי פלטפורמות שלא היו צד להסכם היסוד. בעוד שמספר ההתקשרויות לצורך הפקה של גוף שידור הן מוגבלות בכל שנה, היקף היצירות המשודרות על ידו גבוה בהרבה, ורובן הן יצירות בהן לא אותו גוף שידור ביצע את ההתקשרות לצורך ההפקה.

לפיכך, גם אלמלא היתה נוצרת אותה א-סימטריה בין היוצר וגוף השידור, עדין היה נדרש מנגנון דומה לתלי, של תיעוד ואכיפה, שביכולתו לאתר את השידורים בפלטפורמות שידור שלא היו צד להתקשרות לצורך ההפקה (עסקת היסוד).

מנגנון דמי הרישיון מנסה לתת מענה לסוגיית חוסר הוודאות המאפיינת באופן מובהק תחום זה, לתלות ההדדית שנוצרת בין היוצר והפלטפורמה, לאורך זמן, ומהווה מתן תגמול ליוצר בזיקה להצלחתה וכן ביטחון כלכלי מסוים, "פנסיה", ליוצר ושאריו על בסיס השימוש ביצירתו.

ניתוח נתוני תלי בהקשר זה יובא בהמשך.

⁵ ראו גם תצהירי המפיקים יוסי עוזרד, ויונתן ארוך, מצורפים לבקשה כנספחים א-8, ו א-9.



להלן אתאר את התפתחות השימושים אצל המשתמשים הגדולים, שפעילותם התרחבה מאוד בעשור האחרון בשל שינויים טכנולוגיים מרחיקי לכת.

גופי השידור הטלוויזיוני – לגופים אלה תפקיד כפול בעולם היצירה ומול היוצרים. הגדולים שבהם מהווים את הדלת למימון הפקת היצירה, בין אם היא מוזמנת על ידם ובין אם לאו, בשל חובות רגולטורים לצד היות היצירה לב ליבת המוצר אותו הם מוכרים לצרכן, בלעדיו אין להן קיום. בכובעם האחר הם משדרים של יצירות אורקוליות. עם השנים חל גידול ברוחב הפס הקיים לגופי שידור טלוויזיוניים, והם מבקשים להציע מגוון יצירות, בין אם הם היו צד להפקתן ובין אם לאו.

בתחילה שודר תוכן אורקולי רק בבתי הקולנוע ובאמצעות מעט גופי שידור טלוויזיוני בשיטה אנלוגית.

לאחר פרישת תשתית הכבלים התאפשרה טלוויזיה רב ערוצית, ומספר הערוצים המשוגרים גדל, תוך ייחודם ובידולם. מהפכת הדיגיטציה בסוף שנות ה-90 אפשרה את כניסת הלוויין לשידור רב ערוצי, תוך שילוש מספר הערוצים בחברות הרב-ערוציות. התפתחות-הטכנולוגיה בהמשך אפשרה זחיסת ערוצים רבים יותר לאותו רוחב פס, ואף הרחבה משמעותית ברוחב הפס באמצעות פרוטוקולי שידור שונים, בין היתר היכולת לשידור יצירה אורקולית על פי דרישה (VOD- Video On Demand), טכנולוגיה הזמינה בישראל החל משנים 2004-2005.

כל אלה הביאו לעליה בשימושים ביצירה האורקולית בחלק מהפלטפורמה הטלוויזיונית (בעיקר בטלוויזיה הרב ערוצית שסך זמן השידור העומד לרשותה גדל משמעותית), במגוון רחב של תכנים, ובכל עת. לכן עבור פלטפורמות אלה יכולה היצירה הבודדת להוות מוצר משלים ליצירה אחרת מאותו ז'אנר (סוגה) או מז'אנר שונה, לצד היותה תחליפית להן במידה מסוימת (רק במידה ומדובר באותו הז'אנר, בהיות שתי היצירות פונות לאותו קהל צופים, ובעלות רמת אטרקטיביות דומה).

מבחינת הטלוויזיה הרב ערוצית, הצורך בנגישות למרבית הרפרטואר הקיים, נובע מ-2 גורמים: האחד הוא היקף ההיצע אותו מעמידים לרשות הציבור (נפח זמן ההיצע שלה כמעט בלתי מוגבל) הן בשידור ערוצים והן באספקת VOD על ידה, ולכן צורך בכמעט כל התוכן הקיים על המדף, והשני נובע מהצורך בגמישות תכנון לוח השידורים, אומנות בפני עצמה, שאין להמעט מערכה.

מבחינת הטלוויזיה המסחרית, הצורך בנגישות למרבית הרפרטואר הקיים נובע בעיקר משיקול תכנון לוח משדרים אופטימלי. כיוון שהטלוויזיה המסחרית "חיה" מפרסומות, הצורך שלה הוא במקסום הרייטינג בכל נקודת זמן קריטי, לכן יש חשיבות עליונה לגמישות בבחירת התוכן. רישיון השמיכה שתלי מעניקה המאפשר לפלטפורמה נגישות באחת לכל הרפרטואר, עונה על צורך זה.

עוד אציין כי מהנתונים שהגיעו לידי עולה כי ההשקעה בתוכן (בעיקר בהפקתו אך גם ברכישתו) עולה עשרות מונים יותר מאשר "רכישת זכויות שידור" מתלי, תחת רישיון שמיכה. זאת למרות שכאמור חלקו של התוכן המשודר אצל גופי השידור ושלא הופק על ידם מלכתחילה – הינו משמעותי ביותר.



גופי שידור סלולריים - חברות הסלולר העיקריות: פרטנר, פלאפון (בבעלות בזק חברה אחת ללוויין - YES), סלקום (בעלת תשתיות סלולר ותשתיות רחבות פס אחרות), ומירס (חברה בת של חברת הכבלים - HOT), הן חלק מהמשדרים שהיקף השימושים שלהן ב-5 השנים האחרונות גדל לאין שיעור, בין היתר מהסיבות הבאות: הרחבת הפס הסלולרי, יכולת שימוש באינטרנט אלחוטי באמצעות הסלולר, שינוי טכנולוגיית ותצורת מכשירי הקצה הסלולריים שהפכו למסכי נגיעה וצפייה לכל דבר ועניין (אף שהם קטנים ממסך מחשב או טלוויזיה).

החל משנת 2005 חברות הסלולר משתמשות ביצירות תלי ברמה הפרטנית, כיצירה על פי דרישה - VOD. החל מהשנה הנוכחית מאפשרות חלק מחברות הסלולר לצרכניהן לצפות במגוון ערוצים טלוויזיוניים מן המוכן על גבי פלטפורמת הסלולר. דוגמא למבצע כזה הושק בחודש האחרון על ידי חברת פרטנר. וכך נכתב באתר פרטנר:⁶

"החבילה מאפשרת צפייה בעשרות ערוצי טלוויזיה ומאות פרקים ותכניות ב-VOD. באמצעות אפליקציה או בפורטל הסלולרי של Orange וכוללת את כל תכני הוידאו: ובכלל זה ערוצים וקטעי VOD, המופיעים תחת קטגוריות "ערוצים ושידורים" ו VOD-בהתאמה. לדוגמא: שידורים חיים של ערוץ 2, ערוץ 10, ערוץ ספורט 5 פרקים מלאים של תכניות טלוויזיה, תקצירי משחקים ועוד."

גופי השידור האינטרנטי - הרחבת רשת האינטרנט אפשרה בתחילה הורדת תכנים בודדים וצפייה בהם לאחר הורדתם. היום מאפשר רוחב הפס הרחב צפייה ישירה בתכנים וערוצים On Line. תשתית האינטרנט בנויה, כמו הטלוויזיה, על מצג אורקולי, ויזואלי. **כמות החומר הנגיש ברשת האינטרנט בכל נקודת זמן אינה מוגבלת**, כפי שנפח האחסון אינו מהווה מגבלה בהקשר הנדון כאן. הלכה למעשה כל אתר אינטרנט, זעיר ככל שיהיה, יכול לשלב בתוכו ללא עלות נגן וידאו ובאמצעותו להעמיד לרשות הציבור ולשדר תכנים שונים, לרבות יצירות אורקוליות.

כך לדוגמא קיימים אתרי אינטרנט ישראלים רבים המשדרים תוכן אורקולי, ויותר מכך, אתרים רבים המשדרים ערוצי טלוויזיה שלמים Online.⁷

הופעת עולם האינטרנט והפיכתו לפלטפורמת צפייה מרכזית ביחד עם הלכידות הטכנולוגית (Technology Convergence) – גורמים, כבר כיום, לטשטוש גבולות בין הטלוויזיה "של פעם" ו-

⁶ ראו אתר החברה בכתובת http://www.orange.co.il/cellular/packages/packages/TV_packs/, דוגמא להיצע במבצע זה מובא בנספח ב-4.

⁷ לרשימה חלקית שהוצאתי תוך חיפוש פשוט בגוגל של "צפייה ישירה בסדרות טלוויזיה" ראו נספח ב-5, דוגמא של יצירות אורקוליות הקיימות באתר תפוז לדוגמא, ניתן לראות בכתובת האתר: www.tapuz.co.il וכן בנספח ב-6.



3.4 היקפן ותפוצתן של יצירות אורקוליות בעידן ריבוי המסכים

אורך חיי היצירה

הגברת תפוצתן של היצירות בשל רוחב הפס, אפשרויות האחסון הזמין, ותופעת ריבוי המסכים, העניקו להן אורך חיים ארוך מאוד ביחס לעבר.

אם משך החיים של זכות היוצרים הוא משך כל חיי היוצר וכן ובנוסף 70 שנים לאחר מותו של היוצר, אזי כיום (ובניגוד למצב בעבר) אין ספק בדבר הזמינות הטוטלית ואפשרות הניצול באופן יעיל ומהיר של יצירות אורקוליות למשך כל משך חיי הזכות.

בדיקה שערכה תלי בעבר הראתה כי אורך חיי יצירה שונה מפלטפורמה לפלטפורמה, כתלות בנפח השידור בה. כך, בעוד שאורך חיי יצירה אצל זכייניות ערוץ 2 נמוך יחסית, שכן "זמן המסך" שלהן מוגבל ל-24 שעות, 3/4 ימים בשבוע, "זמן המסך" שעומד לטובת חברות הטלוויזיה הרב ערוציות כמעט ואינו מוגבל, שכן ביכולתן להעלות עוד ערוצים רבים ברוחב הפס הקיים להן, או להכניס את היצירה למאגר ה-VOD שלהן.

ברשת האינטרנט תופעה זו, של מקום אחסון בלתי מוגבל, קיצונית הרבה יותר. לפיכך יצירה שעלתה לאינטרנט, אורך חייה כאורך הזמן בו היא נמצאת זמינה ברשת, וכל עוד קיים מי שיבקש לצפות בה בעתיד, גם אם בהיקפים נמוכים.

בדיקה עדכנית שנעשתה בתלי באה לבדוק שימוש ביצירות לאחר שנים רבות כאינדיקציה לאורך חיי היצירה האור קולית. לצורך כך התבקשה תלי לבחון את היקף השידורים והשימושים ביצירות שהופקו לפני שנת 1990.⁹

עיון בממצאי הבדיקה (תצהיר אבי שמש עמ' 7-8 ונספח א-1 לתצהירו) מעלה כי קיימים שימושים הן בשידור והן בשימושים של צפיה על פי דרישה, של יצירות רבות מלפני 20-50 שנים, ואף כאלה שהופקו טרם עידן הטלוויזיה.

כך לדוגמא, הסרט סאלח שבתי, שהופק והוקרן על מסכי הקולנוע לראשונה בשנת 1964, לפני 50 שנים, שודר מאז שהוא רשום בתלי (שנת 2001) 133 פעמים, כאשר בשנים מסוימות שודר כ-30 פעמים, ובנוסף "הורד" בפלטפורמות שונות של צפייה לפי דרישה 10,591 פעמים. לדוגמאות נוספות ראו נספח א-1 לתצהיר אבי שמש, בו קיימת רשימה חלקית של יצירות מרפרטואר תלי שהופקו לפני שנת 1990 המשודרות עד היום.

⁹ יש לציין כי קיימת מגבלה לבדיקה זו והיא מהווה אינדיקציה בלבד שכן רק לכ-30% מהיצירות ההיסטוריות מצוין במסד הנתונים של תלי תאריך הפקתן ושידורן הראשון (שהיה בדרך כלל על מסך הקולנוע, או בערוץ 1). הסבר מפורט על הבדיקה קיים בתצהירו של מר אבי שמש.



נדידת התכנים ומדפיות היצירה

כיום, זמן קצר לאחר הופעת יצירה אורקולית לראשונה בטלוויזיה או בקולנוע, ניתן לאתרה על נקלה באינטרנט וכן לצפות בה באמצעות אינספור מכשירי קצה מכל מקום ובכל עת. העולם הדיגיטלי המאפשר טכנולוגית את תופעת ריבוי המסכים, מאפשר במקביל העתקת תכנים אורקוליים בקלות רבה וכמעט ללא עלות.

תופעה זו, המכונה 'נדידת התכנים', מיתרגמת לאינטנסיביות בשידורי היצירות האורקוליות, שוב ושוב, לריבוי המשתמשים בהן ולהפיכתן ליצירות מדף.

כיוון שהיכולת להעתיק יצירה קל ופשוט (שכן מדובר בקניין רוחני), שלא כמו הצורך ברכישת מוצר פיסי, אזי שוויה של היצירה בעולם נדידת התוכן ללא תשלום בעד זכות היוצרים, אינו קיים.¹⁰

בדיקה שנעשתה על בסיס נתוני תלי, אותה בחנתי, מראה כי היקף נדידת התוכן גבוה, וכי יצירות רבות עוברות מספר פלטפורמות לא מבוטל (ראו תצהיר אבי שמש, פרק 3.2).

נתון משלים וחשוב שמצביע גם הוא על היקף נדידת התכנים הוא מספר השידורים בגופים המשדרים, אשר לגביהם אותו גוף משדר לא ביצע את ההתקשרות הראשונית עם המפיק או היוצר.

מבדיקה עדכנית שנערכה בתלי על ידי מר אבי שמש, עולה כי בגופי השידור הטלוויזיוני, נכון לשנים האחרונות, קיים שימוש רב ביצירות האורקוליות הנמנות על רפרטואר תלי, המהוות יצירות מדף. להלן סיכום הממצאים של בדיקת המדפיות בגופי השידור הטלוויזיוני, לשנת 2012, וממוצע לשנים 2006-2012. הנתונים הם של חלקן של יצירות צד ג'¹¹ מתוך סך היצירות ששודרו בגופי השידור המרכזיים בטלוויזיה.

¹⁰ על קלות ההעתקת יצירות בעולם הדיגיטלי, והבעייתיות ההולכת וגוברת באכיפת זכויות יוצרים בשל קלות ההעתקה, ניתן לקרוא גם:

"DECREASING COPYRIGHT ENFORCEMENT COSTS: THE SCOPE OF A GRADUATED RESPONSE" OLIVIER
2009 - BOMSEL AND HERITIANA RANAIVOSON

¹¹ יצירה צד ג' מוגדרת ככל יצירה אשר לא הוזמנה על ידי הגוף המשדר הספציפי או יצירה השייכת לסוגות סרט קולנוע או קליפ (סוגות אלה בהגדרה אינן מוזמנות על ידי גופי השידור אלא מופקות במסגרות עצמאיות).



טבלה - 2

כל הסוגות		
2006-2012	2012	גוף מזמין
76%	82%	מדפיות הוט
77%	83%	מדפיות יס
70%	76%	מדפיות קשת
74%	52%	מדפיות רשת
73%	72%	מדפיות 10

מדובר על סדרי גודל שמעל ל- 50% מהיצירות בפלטפורמות הטלויזיוניות. בטלויזיה המסחרית חלק מהמדפיות יש ליחס לקליפים רבים המשודרים בהם.

בדיקה דומה שנעשתה בצפייה לפי דרישה (VOD) של הכבלים והלוויין העלתה כי 100% מהיצירות המשודרות שם לא הופקו או שודרו לראשונה לצורך זה. בדיקה דומה אצל משתמשים במדיות אחרות (סלולר, אינטרנט, ביצוע פומבי) מעלה כי כלל החומר (100%) המשודר לא הופק או שודר לראשונה אצל אותו המשתמש, בין אם שודר כערוץ, ובין אם הועמד לצפייה על פי דרישה (VOD).

לסיכום, אורך חיי היצירה ואורך חיי זכות היוצרים, לצד היקף נדידת התכנים בעולם ריבוי המסכים (אשר הולך ומתעצם) והיקף המדפיות שאינו זניח, מביאים למסקנה כי יכולת היוצר או המפיק לעקוב אחרי השימושים ביצירה, מוגבלת ביותר ואף בלתי אפשרית. בכל מקרה, רוב היצירות בשימוש הן יצירות שהמשדר אינו צד לעסקת היסוד. לכן רישיון שמיכה של גוף מרכזי נותן פתרון גם בהקשר זה.



4 בחינת מודלים חלופיים לתלי

על מנת לבחון מודלים חלופיים תיאורטיים שעלו בדיונים מול הרשות לפעילות תלי, אתבסס על מאפייני שוק היצירה, מערך היחסים והכוחות בגדרותיו, והיתרונות לגודל הקיימים בפעילות ניהול זכויות יוצרים כפי שעולים מחו"ד סדן ומהספרות הכלכלית בתחום.

4.1 מסקנות סדן - קיימים יתרונות לגודל משמעותיים

מחוות דעת סדן עולות במפורש התכונות הבאות שיש לקחת בחשבון כאשר דנים במודלים חלופיים לניהול זכויות יוצרים:

1. קיימים יתרונות לגודל משמעותיים בניהול משא ומתן לגבי גובה התמלוגים;
2. קיימים יתרונות לגודל משמעותיים במנגנון התייעוד לצורך אכיפה וחלוקת התמלוגים;
3. קיימים יתרונות לגודל משמעותיים באכיפת זכויות יוצרים, הן בגילוי ההפרה והן באכיפת הענישה על המפר.
4. לפי סדן, יתרונות אלה לגודל שוללים מצב בו היוצר מייצג את עצמו אל מול המשתמשים, שכן עבור 80% מהיוצרים עלות הגביה העצמית תהיה גבוהה מסכום התמלוג, במידה ויצליחו לאתרו, ולאכוף את התשלום.
5. לפי בדיקת סדן "במסגרת ניהול הזכויות הפרטני, סביד 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 שלמבנה עלויות המעקב, כמו גם הגבייה והאכיפה תכונה בולטת של יתרונות לגודל

כאן אוסיף כי עניין זה תאורטי לחלוטין, שכן ניסיון העבר בישראל מוכיח כי היוצרים הבודדים לא הצליחו מעולם לגבות את זכויות היוצרים שלהם, בין אם עלויותיהם נמוכות או גבוהות מממוצע תשלום התמלוג. זאת למיטב ידיעתי והכרתי עם הנושא.

עוד אוסיף, מבחינת הנתונים, כי נראה לי שסדן היה שמרני ביותר בחוות דעתו. שכן, אם היה היוצר הבודד מבקש לספק לעצמו את אותם השירותים שהוא מקבל מתלי, כגון הרחבת האכיפה, ייעוץ משפטי מתמחה וכד', היו עלויותיו גבוהות בהרבה, וספק אם בחלופה כזו היה יכול לקבל שירות דומה, שכן יש שירותים שבאופיים דורשים ראיית חלק ניכר מהשוק. מסקנה זאת מתחזקת לאור העובדה ש- 80% מחברי תלי חולקים ב- 20% מהתמלוגים, בסדרי גודל כאלה של הכנסות, היו נאלצים מרבית היוצרים לוותר על אכיפת זכויותיהם (שכן עלויותיהם היו גבוהות מהכנסותם). ועבור יתר היוצרים ההכנסה נטו היה נמוכה משמעותית.



4.2 מצב של ריבוי חברות לזכויות יוצרים אינו יעיל

4.2.1 איבוד היעילות בריבוי חברות תמלוגים

בהינתן היתרונות לגודל כפי שנאמדו על ידי סדן (בניהול זכויות יוצרים, משא ומתן, גביה ותייעוד, אכיפה וחלוקה), פיצול פעילות ניהול הזכויות למספר חברות יביא לאיבוד יעילות משמעותי ביותר: מצד ההכנסות יפוצלו התמלוגים למספר חברות וכל חברה תקבל הכנסה לפי "חלקה בשוק", אך בצד ההוצאות יחסכו רק חלקן, והוצאות ניהול הזכויות לשידור דקת יצירה או לשימוש, תעלה. במקרה כזה ההכנסה נטו ליוצר (תמלוג פחות עלויות), תהיה נמוכה משמעותית, וזאת לא בגלל "ירידת גובה התמלוג" אלא בגלל מבנה ההוצאות ואובדן היעילות.

כך למשל בחינת מצב בו חברת תמלוגים תייצג 20% מהיוצרים או מהיצירות (5 חברות דומות בשוק). בלא שינוי גובה התמלוג הנגבה לדקת שידור, היוצר יקבל הכנסה נטו של 50%-70% פחות ממה שהוא מקבל היום, רק בשל איבוד היעילות.

מאידך מצב זה כרוך באובדן יעילויות גם עבור המשתמשים שכן אף חברת תמלוגים לא תוכל לשווק למשתמשים רישיון שמיכה אחד לכל הרפרטואר בשוק. המשמעות היא ריבוי משאים ומתנים ועלויות העיסקה הנלוות לכל אחד מהם – רק כדי לעמוד בכיבוד זכות היוצרים של במאים ותסריטאים.

נושא היתרונות לגודל במדינה קטנה כמו ישראל, עם שפה ייחודית וכמות אוכלוסייה מוגבלת, משמעותי ביותר גם בשל היות היקף היוצרים ויצירות מוגבל ביחס למדינות גדולות או לשפות אוניברסליות יותר (כגון: אנגלית, צרפתית, ספרדית, רוסית).



4.2.2 ריבוי חברות יצור חברות תמלוגים מתמחות לפי סוגה

יצירות הן מוצר הטרונגי, וכאמור הסוגות השונות מהוות מוצר משלים, יותר מאשר תחליפי, זו לזו. משמעות הדבר היא כי בדרך כלל גוף שידור משמעותי יצטרך להתקשר עם כל או מרבית החברות תמלוגים הללו, דבר המתמיר את עלויות העיסקה של המשתמש.

זאת ועוד: במידה ויהיו מספר חברות תמלוגים לזכויות אורקוליות, יש להניח כי תמהיל החלוקה שלהן את כספי התמלוגים לפי סוגות תהיה שונה זו מזו.¹² לפיכך, תהיה ליוצרים בכל סוגה נטייה להתכנס ולהתרכז בחברה המיטיבה יחסית עם הסוגה המייצגת את יצירתם.

כך, אם נניח כי בחברה א' יוצרי הטלנובלות יקבלו תשלום גבוה יחסית לדקת שידור לעומת יוצרי דרמה, ואילו בחברה ב' יוצרי הדרמה יקבלו תשלום טוב יותר לדקת שידור או שימוש, אזי צפוי כי יוצרי הטלנובלות יתרכזו בחברה א' ואילו יוצרי הדרמות יתרכזו בחברה ב' (בהינתן שכל יתר הפרמטרים שווים). במקרה כזה ניתן לצפות כי החלוקה לחברות תהיה לפי סוגות.

במידה וזה יהיה המצב, התחרות האפשרית בין החברות השונות תהיה בשוליים בלבד. ערוץ סדרות דרמה יעמוד מול חברה אחת, ערוץ הטלנובלות יעמוד מול חברה אחת, ומשדר מסחרי יצטרך להתקשר גם עם זו וגם עם זו בכל מקרה.

במצב זה מצד אחד המשתמשים לא ייהנו מתחרות, ומצד שני יספגו העלאה ניכרת בעלויות העיסקה שלהם. בנוסף, המשתמשים והיוצרים יחד יפסידו את היעילות שבגביה ואכיפה יעילים, המשתמשים ישלמו יותר, והיוצרים יקבלו פחות.

¹² מנגנון חלוקת התמלוגים של חברה לניהול זכויות נובע מפרמטרים שונים עליהם מחליטה החברה עם חבריה, כגון: ניקוד עבור זמן שידור, וסוגה.



4.2.3 הצורך הקריטי של המשדרים הטלויזיוניים בגמישות בבחירת יצירות ומגוון יביאו

להתקשרות עם מספר חברות תמלוגים

הניתוח להלן נעשה בהנחה כי אכן ניתן לייצר מצב של מספר חברות תמלוגים מתחרות (ולא מתמחות לפי סוגה).

כאמור, יצירות הן מוצר הטרוגני ביותר, והן לב ליבת המוצר הנמכר על ידי משדרי הטלויזיה לצרכן. ככאלה הפלטפורמות נדרשות לגמישות בבחירתן, ויהיו מוכנות לשלם על התקשרות עם מספר חברות תמלוגים מייצגות רק על מנת לשמור על גמישות זו. עובדה זו מתעצמת כאשר בוחנים את היחס בין "עלות הגמישות" של גישה לכלל רפרטואר היצירות, לבין עלות הפקת תוכן (מועט בכל שנה ושנה) אותו מבצעות הפלטפורמות הטלויזיוניות. את הבדיקה עשיתי על בסיס נתוני החברות הרב ערוציות HOT ו-YES. להלן טבלה מרכזת את הממצאים.

טבלה 13 - 3

נתוני שנת 2010 מדוח המועצה לשידורי כבלים ולוויין, ומתלי של HOT ו-YES.	במיליוני ₪	שיעור מהכנסות	שיעור מהוצאות על תוכן
הוצאה על הפקות מקור	267	7.90%	22.25%
הוצאה על תמלוגים להפקות מקור כולל VOD - רישיון שמירה על כלל הרפרטואר	15	0.47%	1.25%

מהמידע לעיל וכן מעלות היחסית של התוכן לעומת עלות זכויות תלי למשדרים, עולה כי, עלות התוכן המופק רבה עשרות מונים מעלות שימוש בזכויות היוצרים.¹⁴ לפיכך אני מעריכה כי גופי שידור טלויזיוניים, שכל מהותם היא בחירת תוכן ואריזתו, כך שיהיה אטרקטיבי ביותר לצרכן, לא יוותרו על הצורך הקריטי בגמישות בבחירת יצירות ומגוון בשל עלות זכות היוצרים. במקרה כזה הפן ה"משלים" של היצירות זו את זו משמעותי עבורן במידה כזו שהם ידרשו להתקשר עם מספר חברות

¹³ נתוני הבסיס לטבלה נלקחו ממקורות גלויים שונים, שבעיקרם דו"ח המועצה לשידורי כבלים ולוויין לשנת 2010 עמ' 31.

¹⁴ העובדה כי קיימת חובה רגולטורית על היקף מינימאלי של הפקות מקור אינה גורעת מתוצאות הבחינה, שכן החברות הרב ערוציות כמו גם החברות המסחריות, מפיקות מעבר לנדרש בחוק. כך עלה מבדיקה מפורטת שעשיתי, בעניין לצורך בורות בין תלי ו- HOT בשנת 2009, בה בחנתי את ההשקעה בחלוקה לסוגות. בנוסף, כך אף עולה מדברי מנכ"ל קשת, שהובאו בחוות דעתי זו.



תמלוגים "מתחרות" לצורך כך. במצב כזה ברור מדוע עדיפה להן חברת תמלוגים אחת המאגדת את כלל הזכויות.¹⁵

לפיכך אין פלא כי עמדתם הרשמית של גופי שידור (אלה המכירים בזכות היסוד של היוצר לתמלוגים) היא כי עדיף להם להתקשר עם גוף יחיד המנהל זכויות יוצרים. כך עולה מהמכתבים של ערוץ 10 ושל YES.¹⁶

פשטות בהתנהלות של המשתמשים והחיסכון הקיים להם עקב קיום ארגון זכויות יוצרים בודד המאגד זכויות מסוג מסוים, באים לידי ביטוי גם בעבודה כלכלית שנעשתה עבור ועדת המשנה של ועדת הכלכלה בכנסת, לעניין חישוב תמלוגים לבעלי זכויות יוצרים ומבצעים, בראשות ח"כ מלי פולישוק-בלוך:¹⁷

"נטען על ידי חלק מהמשתמשים כי יש מספר גדול מדי של ארגונים לניהול משותף, דבר המקשה עליהם. יתר על כן, נטען על ידי המשתמשים כי בשני מקרים שונים בעבר - התפלגות הפייל מהפדרציה, והתפלגות תל"י מאקו"ם, הם נדרשו להגדיל את היקף התמלוגים...."

4.2.4 הצורך של חברות הסלולר והאינטרנט להתקשר עם כלל חברות התמלוגים

חברות הסלולר ואתרי האינטרנט משתמשים, נכון להיום, ביצירות מרפרטואר תלי בשני פורמטים עקריים: שידור ערוצים "מן המוכן", ו-VOD:

שידור ערוצים מוכנים - שידור מגוון ערוצי טלוויזיה קיימים, "מן המוכן", דורש רכישת רישיון שמיכה, המהווה ביטוח למשדר. המשדר שאינו יודע למי שייכות זכויות היוצרים בערוץ המשודר, ואינו יודע איזה תוכניות ישודרו בכל רגע נתון, חשוף להפרת זכויות יוצרים כפי שהוא חשוף להפרת זכויות יוצרים מוסיקליות, מול אקו"ם, בשידור תחנת רדיו. במקרה זה יהיה מחויב להתקשר עם כלל החברות המנהלות זכויות יוצרים, חלק רכישת רישיון שמיכה מתלי.

שירותי VOD - משדרים אלה מעמידים לצרכן גישה לשירותי צריכה על פי דרישה, בדומה לקיים בטלוויזיה הרב ערוצית, אך על בסיס טכנולוגיה שונה, ועם יכולת היצע בלתי מוגבל. טיב השירות במקרה זה נמדד בין היתר על מגוון התוכן הקיים "בסיפריה". כיוון שאין מגבלה אפקטיבית על היצע

¹⁵ על היתרונות לגודל בתחום ראו גם: Ruth Towse & Christian Handke, Economics of Collective Management of Copyright, 2007 PP.3

¹⁶ מכתבים מעו"ד דבורה קמחי, סמנכ"לית רגולציה והיועצת המשפטית של ערוץ 10 - נספח "ג-1" לבקשה, וממכיל רפאלי כדורי, סמנכ"לית רגולציה וניהול משפטי של YES - נספח "ג-2" לבקשה.

¹⁷ ראו בדו"ח גיזה זינגר אבן, טיוטא לדיון, מיום 19.10.2004. עמ' 3.



מקום האחסון, אזי קיים יתרון לגוף שיציע את המגוון הרחב ביותר. קרי, עבורן מדובר במוצרים משלימים על המדף (בדומה לסופרמרקט המבקש להציג מגוון). לכן סביר שגם מהיבט זה יבחרו החברות להתקשר עם מכלול החברות המייצגות זכויות יוצרים אורקוליות, ולשלם לכל אחת מהן עבור השימוש ביצירותיה כפי חלקה בשימושים, בדומה לנעשה מול תלי.

4.2.5 בפיצול זכויות בין חברות, היוצרים מאבדים חלק מהשירותים שהם מקבלים מתלי

חברת תמלוגים המרכזת את רוב היוצרים מאפשרת ליוצרים להנות משירותים מגוונים הנוגעים לזכויות היוצרים ולניהולם, אשר אינם זמינים ליוצר הבודד, ואף לא צפויים להיות זמינים באותה המידה בחברות מייצגות קבוצת יוצרים מוגבלת. (שירותים אלה מפורטים במסגרת תצהירו של אבי שמש, סעיף 5.6.) להלן השירותים בקצרה:

- מתן רישיון שמיכה, לגופים המשדרים ערוץ "מן המוכן";
- מעקב ואיתור משתמשים;
- צעדי אכיפה כלפי הפרות;
- ידע והתמחות לגבי עקרונות חישוב תמלוגים;
- שירותי סיוע ויעוץ משפטי;
- חקיקה - שירותי קידום או שינוי חוקים ורגולציה;
- עיסוק בקידום היצירה האורקולית בפורומים שונים;
- ייצוג בארגון הבינלאומי.

4.2.6 ניסיון החיים – ניסוי טבעי (Natural Experiment)

ניסוי טבעי בישראל – בשנת 2001 פרשו קבוצת תסריטאים מאקו"ם בעקבות הטענה כי אקו"ם אינה מייצגת כראוי את זכויות התסריטאים ואף מפלה אותם בכללי החלוקה ובאפשרות הייצוג. מרגע שגובש גרעין פרישה של כ-100 יוצרים קמה תלי. להערכת מר אבי שמש תוך 2-3 שנים היה היקף הרפרטואר של תלי כ-80% מהרפרטואר המשודר בזכויות תסריט.

ניסוי טבעי בעולם – על יסוד הנתונים שליקטה תלי בדבר הנעשה בעולם (ראו למשל תצהירו של אבי שמש פרק 6.4), ומבדיקה שנערכה מול מומחים בינלאומיים לזכויות יוצרים אורקוליות, עולה כי:¹⁸

במדינות רבות קיימות חברות תמלוגים ליוצרים אורקוליים. ב CISAC, ארגון הגג של חברות התמלוגים בעולם, חברות 50 של יוצרים אורקוליים מרחבי העולם. במרבית המדינות החברות ב CISAC, הרפרטואר האורקולי מיוצג באמצעות חברה אחת בלבד. גם במדינות בהן

¹⁸ כך עולה גם משיחות שקיימתי עצמי בעבר עם אותם המומחים. עובדות אלה עולות גם מהספרות הכלכלית משפטית בענייני זכויות יוצרים, מפסיקה בעניין ומסקירות בינלאומיות.



קיימות שתי חברות המייצגות רפרטואר אור קולי, קיימת חלוקת שוק ברורה והחברות אינן מתחרות זו בזו מול המשתמשים. במדינות בהן קיים פיצול בין חברות, הפיצול נעשה לפי סוגות, או זכויות או יוצרים, ולא מתקיימת בינהן תחרות על המשתמשים, עיקר התחרות בין החברות, במידה וקיימת, היא על היוצרים. דבר זה דומה לתחרות שהיתה בין תלי לאקוס על התסריטאים, וייצוגם, בעת הקמת תלי. מוכר מקרה אחד בלבד של חברה מקבילה של יוצרים אור קוליים וזאת בספרד, אך לדברי המומחיות הבינלאומיות איתן דיברנו, הקמתם הביאה לתחרות גדולה על ציבור היוצרים ובמקביל יצרה בעיות למשתמשים.

לניסיון העולמי ולניסוי הטבעי משמעות רבה. שכן לו היה מבנה שוק יעיל יותר מחברה מרכזית המנהלת את זכויות היוצרים, סביר להניח כי לפחות בחלק מהשוקים היה מבנה השוק משתנה בהתאם.

מניתוח השוק עולה המסקנה כי קיום מספר חברות בצורה מלאכותית עלול, בסבירות גבוהה, לפגוע במשתמשים וביוצרים ללא ערך פודה משמעותי. פיצול כזה יביא, בסופו של תהליך, את היוצרים להתכנס לחברה היעילה מביניהן, בעוד שהמשתמשים ידרשו להתקשר עם כל או מרבית החברות השונות.

למעשה, ההתכנסות לגוף מרכזי של ניהול זכויות יוצרים היא תוצאה טבעית של מאזן התועלות והיעילות שבגוף כזה, מול חוסר התועלת שבריבוי ופיצול גופים כאלה.

האיזון הנכון הוא לאפשר קיומו של גוף מרכזי לניהול משותף של זכויות יוצרים, אך במקביל לוודא כי קיימים מנגנונים מרסנים (מבחינת "הרע במיעוטו") המונעים מגוף כזה "לנצל את מעמדו".



4.3 חלופת ייצוג על ידי המפיק בעייתית ואינה ישימה

לבקשת רשות ההגבלים העסקיים, בחנה תלי, במסגרת חוות דעת סדן, את החלופה בה המפיק של כל יצירה משמש כמנהל הזכויות לתמלוגים של התסריטאי והבמאי, ולמעשה כמי שימצא עצמו (חזון אחרית הימים) מבצע עבור התסריטאי והבמאי את המטרות והשירותים של תלי (כהגדרתם לעיל).

לאחר שבחנתי את הנושא גם אני, משיחות שקיימתי ולאור היכרותי עם השוק, ברצוני להעלות את את הבעייתיות וחוסר הישגיות של חלופה זו. יתרה מכך, גם אם חלופה זו היתה ישימה טכנית ופרקטית, היא אינה יעילה כלכלית.

להבנתי, חלופה זו עלתה על מנת למזער את עלויות כינון ההסכמים של היוצר הבודד, בהנחה כי המפיק יוכל לבצע את המשא ומתן עבור היוצר לגבי זכויותיו כבר בהסכם היסוד של ההפקה.

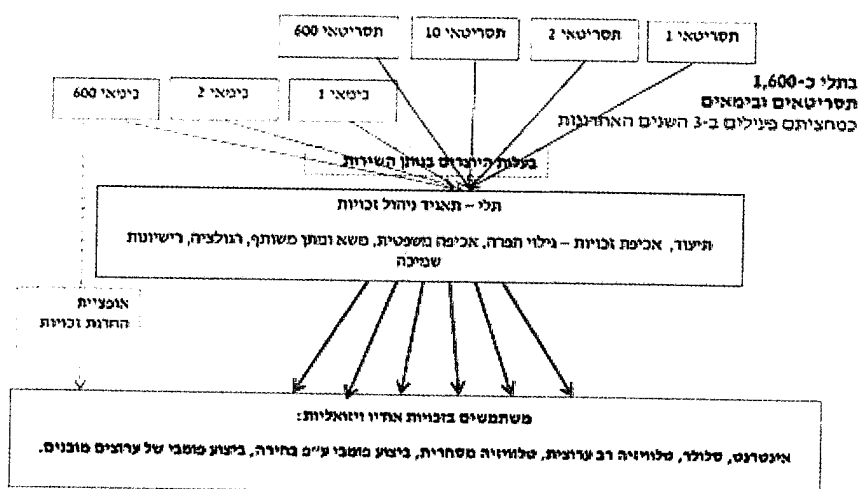
כיוון שניתוח המדפיות העלה כי מעל ל-50% מהיצירות המשודרות בגופי השידור הטלוויזיוני לא הופקו או שודרו לראשונה אצל אותו המשידור, וכיוון שבשאר גופי השידור כ-100% מהיצירות לא הופקו או שודרו עבורם, אזי החלופה של קבלת תמלוגים בעסקת היסוד אל מול הגוף המשידור אינה רלוונטית לרוב השידורים.

יש לזכור כי אלטרנטיבה זו, גם במידה ויש לה התכנות כלשהי יוצרת חיסכון בהתקשרות רק ברכיב המשא ומתן, ואילו היתרונות לגודל המשמעותיים בתלי קיימים בעוצמה שאינה פחותה, בשירות התייעוד והחלוקה ובשירות האכיפה, אשר לא ניתן לו פיתרון במסגרת חלופה זו.

לצורך פשטות אתאר ויזואלית את המודל הקיים בתלי, אל מול המודל המוצע.

תרשים 3 – מודל תלי

מבנה שוק התמלוגים – ניהול משותף

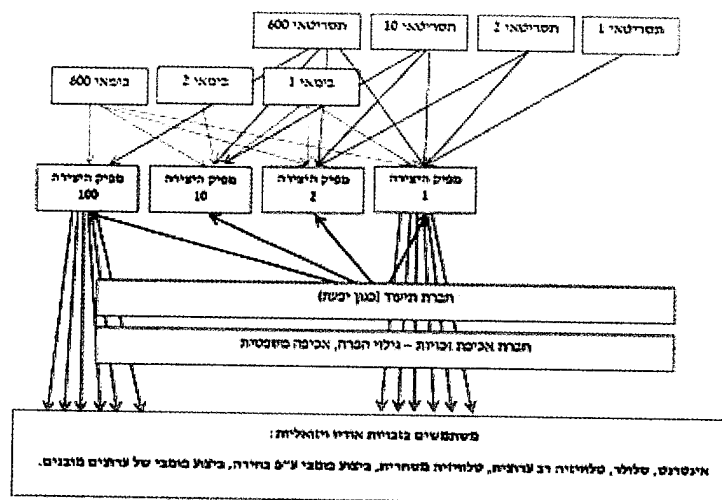




במבנה שוק מוצע, בו המפיק מנהל את זכויות היוצרים, תוך שהוא רוכש שירותי תיעוד ואכיפה מגורם חיצוני, כל יוצר יתקשר עם מספר מפיקים (במקרה המירבי ככמות יצירותיו במידה ונעשו על ידי מפיקים שונים). זאת כיוון שלרוב היוצרים מספר יצירות, וברבות מן היצירות מספר יוצרים.

תרשים 4 – מודל המפיקים בלתי ישים

מבנה שוק התמלוגים – ניהול ע"י מפיקים



להלן סיבות נוספות שמאיינות אפשרות מעשית למודל כזה:

- המפיק תלוי לפרנסתו במימון ההפקה ע"י הפלטפורמות, לכן נתון מלכתחילה בצבת של ניגוד עניינים המונעת ממנו לייצג באופן אופטימלי את טובת היוצר מול המשדר. מקרה קיצון שאינו נדיר הוא כאשר המפיק הוא הפלטפורמה עצמה, ואז ברור כי אינו יכול לייצג את היוצר מולה;¹⁹
- המפיקים נמצאים בעמדת חולשה מול הפלטפורמה בשל תלותם זו. חולשה שמביאה אותם להסכים לתנאי התקשרות הבעייתיים אף עבורם. מעידים על כך המפיקים עצמם.²⁰

¹⁹ דיון בניגוד האינטרסים הקיים בין המפיק והיוצר, והמניעים של כל אחד מהם בנקודת ההתקשרות ולאחריה ניתן ללמוד גם מהמאמר הבא:

"DECREASING COPYRIGHT ENFORCEMENT COSTS: THE SCOPE OF A GRADUATED RESPONSE" OLIVIER
2009 - BOMSEL AND HERITLANA RANAIVOSON

²⁰ ראו כתבות בנושא זה בנספח ב-2, ו-ב-3, וכן בתצהירי המפיקים המוגשים עם הבקשה כנספחים א-8, ו-א-9.



"בכל חברות ההפקה הישראליות מסכימים כי המצב הנוכחי בעייתי עבור שוק התוכן המקומי. ואולם רבים מהם חוששים להיחשף, להציג את עמדתם בפומבי ולהתראיין בשמם לכתבה זו. בחברות ההפקה טוענים כי העוצמה של הזכייניות כה רבה, עד שהם חוששים להוביל מהלך שכזה, מחשש שהוא יפגע בסיכוייהם העתידיים לעבוד עם גופי השידור. החשש של גופי ההפקה בא לידי ביטוי באחרונה בדיונים של ועדה ברשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, בראשות יו"ר ועדת הטלוויזיה ברשות יעקב שחם.

הוועדה, שאמורה לדון בכשלי שוק ולגבש פתרונות, כבר קיימה מפגשים עם ראשי הזכייניות. ואולם כמה מחברות ההפקה שזומנו לחביע את עמדתם בפני הוועדה נמנעו מלהגיע, מחשש כי הדבר יפגע בהם. בפועל, כל חברות ההפקה - גם כאלה שעובדות בצמוד לזכייניות החזקות - מסכימות שדרוש שינוי מהותי בשוק. "יש כאן תופעה של כיפוף ידיים בלתי מסחרי, ואנחנו נאלצים להיות ממושמעים כי אנחנו מוכרחים", אומר מפיץ בכיר. "אנחנו ממילא עובדים בתקציבים כל כך נמוכים, ואין לנו אופק כלכלי, אז אתה שואל את עצמך למה. גופי השידור מנצלים את התחרות הקשה בשוק ההפקה והיצירה".

- קיים ניגוד עניינים מובנה בין המפיק ליוצר גם מסיבות אחרות: המפיק לעיתים שותף ביצירה ולכן פועל באינטרס מנוגד לזה של היוצר – כל הקצאת תמלוגים ליוצר גורעת מן המפיק באופן ישיר, ועל כן הוא לא הסוכן היעיל לייצוג טובת התסריטאי והבמאי;
- בישראל קיימים מאות מפיקים, בהיקפי פעילות שונים. ממפיקים גדולים יחסית ועד מפיקים קטנטנים, בעלי יצירות בודדות. למעשה מדובר בהקמת עשרות "חברות תמלוגים קטנות" – שכל אחת מהן, מעבר לעיסוקה העיקרי כמפיקה מול תאגידי השידור, תצטרך לנהל ולקיים, עבור התסריטאי והבמאי הבודד עמו עבדו לעיתים פעם אחת ועל יצירה אחת בלבד בימי חייהם, את המטרות והשירותים של תלי, לרבות משא ומתן מול כל המשתמשים האפשריים: תאגידי שידור, אתרי אינטרנט, חברות סלולר, חברות תעופה, רשויות מקומיות ואלפי משתמשים בינוניים וקטנים. לא רק שהדבר הוא בבחינת בלתי אפשרי גם עבור מפיק משמעותי, אלא שהוא אף מעלה את עלויות העיסוק בצורה משמעותית, מחייב הידרשות למרכז מעקב ותיעוד מרכזי אשר יגבה רנטה נוספת – ובסופו של דבר, יוצר עלויות עודפות ויוצר אכיפה בלתי יעילה של זכויות התסריטאים והבמאים לתמלוגים – שהיא מטרת ההסדר.
- מודל התמחור אינו מאפשר למפיק ליצור בסיס תמלוגים – לפי מידע שנמסר לי מיוצרים, רוב המפיקים מעניקים כיום, לתאגידי השידור, על פי דרישת האחרונים, מספר שימושים בלתי מוגבל ביצירה, ובכל מקרה מודל התמחור של המפיק מול היוצר הוא בעייתי ביותר, לא אובייקטיבי, בלתי שקוף ואינו מאפשר לתסריטאי ולבמאי הבודד אכיפה עצמאית. המפיק אמון על ההפקה, יש לו תקציב מוגדר וסגור, אשר אותו הוא מחלק לבעלי התפקידים השונים בסרט. התקציב מוגבל לעלות ההפקה ואינו מתייחס לזכויות. תשלום השכר הינו חלק מתהליך ההפקה. הוא נגבה ומשולם back to back בתקופה קצרה, במהלך מערכת היחסים הטבעית בין התסריטאי והבמאי למפיק, שמסתיימת עם סיום ההפקה. ניהול מו"מ על הזכויות לתמלוגים, שלא לדבר על



מכלול המטרות והשירותים של תלי, עבור התסריטאי והבמאי עמו פעל המפיק, הינו פעילות אחרת לגמרי, שאינה נמנית על פעילותו המרכזית של המפיק.

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

■ בדיקה שנעשתה על יצירות תלי מראה כי יצירות משודרות גם אחרי מעל 20 שנים, הן בשידור טלוויזיוני, והן כיצירה על פי דרישה.

■ מעבר לכך, מהנתונים עולה, כאמור בפרק 4.1 כי היתרונות לגודל כה משמעותיים שגם בקיום מספר גופים עסקיים, בין אם מדובר במפיקים ובין אם מדובר באחרים, שיאגדו זכויות יוצרים (דבר שאינו ישים, ופוגע בהיצע כפי שהראנו לעיל) תפגע משמעותית יעילות פעילותם, ויוצרים יתכנסו תמיד לגוף העסקי המשמעותי יותר היכול למצות את היתרונות לגודל בצורה המיטבית, ולכן להעביר ליוצר הכנסה נטו גבוהה יותר.

■ העובדה כי במודל זה היוצר מחויב למפיק היצירה, והאחרון אמור לקזז עלויותיו מההכנסות, מקנה למפיק כוח מול שוק שבוי של יוצרים – בבסיס חלופת המפיק קיימת הנחה כי היוצר לא יוכל להחריג זכויותיו מהמפיק. דבר המקנה למפיק כוח מולו, דבר שאינו קיים בחלופת תלי המאפשרת כאמור החרגת זכויות, מלאה או חלקית, בכל עת.

■ לעומת זאת, במקרה של מתן אפשרות להחרגת זכויות מהמפיק יביא למעבר של התסריטאים והבמאים למפיק גדול יותר, שיכול למצות יתרונות לגודל, להוזיל עלויות, ולהשיא את תמלוגיהם. מעבר כזה יביא למודל בו שוב ניתק הקשר בין עסקת היסוד לבין עסקת התמלוגים, גם באותם המקרים בהם המשדר הוא שהיה צד לעסקת היסוד עם המפיק (וכאמור מדובר רק בחלק מהמקרים) ויחזיר אותנו לצורך במשאים ומתנים רבים גם בעסקאות אלה (המהוות פחות מ-50% מכלל העסקאות בטלוויזיה).

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



האורקוליות הטלוויזיוניות והקולנועיות, בהן הם עושים שימוש, כלל לא הופקו או הוזמנו על ידם.

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

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 התסריטאי הבמאי והמשתמש:

■ המפיק, שבחלק מהמקרים מחזיק גם בפלטפורמת השידור וכך הוא משולב במשתמש, אינו במצב בו הוא יכול לראות את טובתו הבלעדית של התסריטאי והבמאי מול עיניו והוא, בדרך כלל, ישרת, לפחות חלקית, את האינטרסים של עצמו כמשתמש, או למצער של מעסיקו, המשתמש. לכן, הוא יתקשה בייצוג האינטרסים הבלעדיים של התסריטאי והבמאי ובניהול זכויותיו אל מול המשתמש.

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

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

מבחינת התועלת הכלכלית, ברור כי חלופת המפיק אינה יעילה לעומת החלופה הקיימת, בה גוף יחיד בבעלות היוצרים מבצע את כל המטרות והשירותים של ניהול זכויות יוצרים. על כך עמדתי בפרק 4.2.

כיוון שחלופת המפיק דנה במצב שוק של ריבוי מפיקים, אזי איבוד התועלת מ"חיסרון לקוטן" צפוי להיות רב עוד יותר מאשר במצב של מספר גופים גדולים, מצב שאינו יעיל אף הוא. הוצאת פעילות התייעוד, האכיפה והגביה לגוף מונופוליסטי חיצוני, שאינו בבעלות היוצרים, תביא לחוסר יעילות של גוף זה, שאין לבעליו עניין למזער עלויותיו (לעומת גוף בבעלות היוצרים שמזער עלויותיו הוא אחד ממטרתיו), ולגביית רנטה מונופוליסטית מהמפיקים המנהלים את הזכויות (שכן מדובר בגוף עסקי הפועל למטרות רווחיו בניגוד לתלי).



מעבר לכך, ניהול זכויות על ידי המפיקים לא יאפשר מתן שירות חיוני הניתן על ידי אגודה בודדת לניהול זכויות, רישיון שמיכה. ללא רישיון שמיכה לא יוכלו חברות סלולר ואתרי אינטרנט לשדר "ערוץ טלוויזיה מן המוכן", שכן בכך הם יסתכנו בהפרת זכויות יוצרים.

לכן, נראה, כי חלופת המפיק איננה חלופה יעילה ונראה כי היא אף אינה ריאלית כלל.

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

ניסיון החיים – ניסוי טבעי

על יסוד הנתונים שנמסרו לי מתלי, בכל השנים בהן לא התקיימה תלי, חלק מהתסריטאים וכלל הבימאים שלא היו חברי אקום לא קיבלו תמלוגים, והמפיקים לא לקחו על עצמם עול זה, שכן לא ראו בו פוטנציאל כלכלי, מכל הסיבות שנמנה לעיל.

לאחר הקמת תלי ובשנות קיומה, לא קמו הסדרי ניהול זכויות מוסדיים אחרים, למרות יכולת היוצר להחריג זכויותיו, ובוודאי יכולת קבוצת יוצרים לעשות כן, כפי שחברי תלי עשו בפרישתם מאקו"ם בסוף שנות ה-90.

העובדה שהשוק לא יצר הסדרים כאלה מגלה לנו רבות על מה שאפשר וניתן לצפות מן המפיקים, שראשם אינו נתון בניהול זכויות היוצרים ובהקמת מנגנוני מידע, תיעוד ובקרה, אכיפה וגבייה – אלא בקיומם הם, ובהישרדותם מול פלטפורמות השידור המעטות והריכוזיות שפועלות בשוק בעוצמה רבה.

עובדות אלה עולות גם מתצהירם של יוסי עוזרד ויונתן ארוך, המצורפים כנספח א-8 ו א-9 לבקשה לאישור הסדר כובל, שניהם מפיקים בעלי ניסיון של שנים רבות בתעשייה זו.



5 סיכום

בחוות דעתי בחנתי התכנות של קיום מודלים חלופיים לתלי שעלו אגב שיחות ושיבות עם אנשי רשות ההגבלים. במיוחד התעכבתי על בחינת יכולת מפיק להיכנס לנעלי תלי ולייצג יוצרים בהקשר לזכויות היוצרים שלהם.

מהבדיקה עולה כי תחום הניהול וגביית זכויות היוצרים הוא תחום בעל מאפיינים ייחודיים, בהם ליוצר תמריץ שונה משל המפיק או המשתמשים. מאפייני היצירות והשוק, צורת השימוש ביצירות ומרכזיותן אצל המשרדים, יוצרת מצב בו המשתמשים נדרשים להיצע יצירות גדול ולגמישות רבה בנגישות אליהן ובשימוש בהן. עובדה זו נכונה בייחוד למשרדים שהיצירה היא לב ליבת עיסוקן, ומקור משיכת צופיהן ומנוייהן.

שינויים טכנולוגיים של השנים האחרונות הביאו לגדלת רוחב הפס וזו מאפשרת היום לשדר ערוצים טלוויזיוניים בטכנולוגיות השונות. ערוצי טלוויזיה משודרים לצד פלטפורמת הטלוויזיה, באמצעות הסלולר והאינטרנט. עובדות אלה יוצרות מצב בו גוף המסדר ערוץ טלוויזיוני, שאינו צד לבחירת התוכן, יבקש לרכוש רישיון שמיכה, ובכך לוודא שאינו מפר זכויות יוצרים (בדומה לקיים בשידור יצירות מוסיקליות ברדיו).

מהניתוח עולה כי, חלוקת ניהול זכויות לחברות שונות תביא לאיבוד יתרונות לגודל ויעילות, וצפויה להעלות עלויות באופן משמעותי, ולהביא בסופו של יום לקיטון ההכנסה נטו של היוצרים. כל זה כאשר מן הצד השני חלוקה כזו אינה צפויה להביא לתחרות ממשית. המשתמשים יבקשו להתקשר בסבירות גבוהה עם החברות השונות לצורך גמישות, השלמת מגוון, ו"ביטוח" כנגד הפרת זכויות.

ניהול זכויות על ידי מפיק אינו פותר את בעיית היתרונות לגודל והמשא ומתן, ויוצר בעיות רבות אחרות. רוב השידורים בגופי השידורים הם של צדדי ג', שאינם צד לעסקת היסוד של ההפקה ולכן לרוב אין במשא ומתן בעסקת היסוד לפתור את בעיית המשא ומתן לצורך גביית התמלוגים. התייעוד והאכיפה לא יוכלו להיעשות על ידי המפיקים וידרשו גופים חיצוניים, לעשייה זו. חלופה זו צפויה להביא לבעיות קשות של "נציג", בשל האינטרסים השונים של היוצר והמפיק, ולכן אינה ישימה.

ניסיון החיים בארץ ובחו"ל מראה כי החלופות שהועלו אינן יעילות ובסבירות גבוהה אף אינן ישימות, לא יביאו לתחרות רבה יותר, וצפויות להשית עלויות בלתי מבוטלות על היוצרים, כאלה שיביאו להקטנת הכנסתם נטו, ולפגיעה בהיקף היצירה. בנוסף חוסר היעילות צפוי להביא גם לעליית העלות למשתמשים, שחלקו יגולגל לפתחם. לאור זאת ברור מדוע לדעת המשתמשים פעילות תלי המייצגת זכויות אלה, עדיפה עבורם.

על בסיס הניתוח שביצעתי, דעתי היא כי החלופות שנבחנו אינן יעילות כלכלית, ואף אינן מהוות חלופות ברורות יישום לפעילות תלי בניהול זכויות יוצרים אורקוליים.

י.מ.

מרב בארי

21 באוגוסט 2013

תאריך

1-3