



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה'ע 16-12-6576 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

בפני כבוד השופטת נאוה בן אור

העורר

עמיר בניון
על ידי ב"כ עו"ד חן בניון

נגד

המשיבים

הממונה על ההגבלים העסקיים
על ידי ב"כ עו"ד יונתן צויקל ועו"ד טובי האריס

אקו"ם – אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה
ישראלית בע"מ
על ידי ב"כ עו"ד מתן מרידור

פסק דין

בקשה למחיקה על הסף של ערר שהגיש העורר על החלטת הממונה על הגבלים עסקיים לתת לאקו"ם – אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988.

רקע

1. אקו"ם הוא תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים. ביסוד פעולתו מערך של הסכמים בינו לבין היוצרים החברים בו, כמו גם בינו לבין המשתמשים ביצירותיהם של היוצרים. על פי ההסכמים בין אקו"ם לבין היוצרים, מעבירים היוצרים לאקו"ם את זכויות היוצרים שלהם, ואקו"ם מנהל עבורם זכויות אלה. במסגרת הניהול, מעניק אקו"ם רישיונות שימוש ביצירות וגובה תמלוגים מן המשתמשים. יוער, כי אקו"ם אינו התאגיד היחיד לניהול משותף של זכויות יוצרים. לצדו פועלות הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

והפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית, כמו גם חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ.

2. החל מ-2004, ולנוכח קביעתו של הממונה על הגבלים עסקיים (להלן: **הממונה**) כי מערך ההסדרים האמור הוא בבחינת הסדרים כובלים, אשר אף מבססים לאקו"ם מעמד של מונופול בשוק ניהול זכויות יוצרים בתחומי פעילותו, התנהלה פעילותו של אקו"ם תחת אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים, שהעניק לו היתרים זמניים מעת לעת, תוך עדכון ושינוי התנאים במהלך השנים, עד כי ב-2011 אישר בית הדין את פעילותה של אקו"ם לחמש שנים, בכפוף לתנאים שונים שנקבעו (ה"כ(י-ס) 513/04 אקו"ם בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (2.6.2011). יוער, כי על פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים הוגש ערעור לבית המשפט העליון, הן מטעם אקו"ם והן מטעם EMI ישראל (מו"ל של מוסיקה). שני הערעורים נדחו (ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ נ' EMI Music Publishing LTD (3.9.2013).

3. לקראת תום תקופת ההיתר, פנה אקו"ם לממונה בבקשה לפטור מאישור בית הדין, על יסוד סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים (להלן: **החוק**).

ב-2.11.2016 החליטה הממונה לפטור את אקו"ם מאישור כאמור (ההחלטה מצורפת כנספח ה' להודעת הערר). ההחלטה התקבלה לאחר הליך של פניות הציבור, בו נטל חלק העורר (באמצעות באתר כוחו) (סיכום הפגישה בין רשות ההגבלים העסקיים לבין ב"כ העורר צורף כנספח ד' להודעת הערר). ההחלטה מבוססת, בעיקרה, על התנאים שאושרו בשעתו על ידי בית הדין, אולם נערכו בהם שינויים תוך יישום חלק מן ההערות שהתקבלו מן הציבור.

4. העורר, זמר מצליח, הינו חבר אקו"ם החל מ-1999. החל מ-2006 הוא מחזיק במניה רגילה וזכאי להשתתף באסיפה הכללית של התאגיד, לבחור ולהיבחר למוסדותיו. לעורר טענות מטענות שונות הנוגעות להתנהלות אקו"ם, אותן הוא משמיע מזה שנים. על פי הנטען, אקו"ם מנצלת את היוצרים ואינה מחלקת תמלוגים כדין. במסגרת ההליך של קבלת פניות מן הציבור, עובר להחלטה נשוא הערר, פנתה ב"כ העורר לממונה בדרישה לפרק את אקו"ם.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

במקביל, כך טוענת היא בהודעת הערר, הגישה תלונה למשטרת ישראל "בשל הצורך לבצע חקירה מקיפה ביותר לפועל אקו"ם".

5. בהודעת הערר נטען, כי היה על הממונה לשנות את התנאים לפעילותה של אקו"ם על מנת שיובהר כי כתב העברת הזכויות לאקו"ם הינו לצורך ניהול הזכויות בלבד ואין המדובר בהעברת זכויות מוחלטת, והכל על מנת שאקו"ם לא יוכל לעשות שימוש בכספי התמלוגים המתקבלים מרישיונות השימוש אלא לשם ניהול זכויות היוצרים. עוד נטען, כי אקו"ם פועל בניגוד לחוק, וכי בית הדין יתבקש "להכריע בדבר חוקיותם ותוקפם המשפטי של ההסדרים המרכזיים הקיימים כיום והנוגעים לכאורה לנקודת ההשקה של כל בעלי העניין המעורבים: העורר היוצר, התאגיד כמונופול המשתמשים – הציבור ומדינת ישראל". לדידו של העורר, שגתה הממונה בקבלת בקשתו של אקו"ם לפטור מאישור הסדר כובל אך בשל התקיימותם של התנאים לפי סעיף 14 לחוק, תוך התעלמות מוחלטת, כדבריו, מהשימוש לרעה שעושה התאגיד נגד היוצרים ונגד המשתמשים, תוך פגיעה בהם בניגוד לדין.

העורר אינו חולק על חשיבות אקו"ם ועל התועלות שיש בתאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, אלא ש"לצורך קיום מטרות התאגיד באמת, יש לשנות את התנאים כך שיחדלו לפגוע בציבור היוצרים ושלא בבחינת 'הכשרת השרץ'". לטעמו, על אף שאקו"ם מקיימת את הדרישה למינוי דירקטורים חיצוניים, הרי שבדיקה העלתה כי אלה מונו תוך ניגוד עניינים מוחלט בין אקו"ם לבין חבריה ואף בניגוד לחוק. משכך, היה על הממונה לקבוע "תנאים מפורטים וספציפיים בדיוק מוחלט ומנגנון ביקורת לביצוע התנאים הנדרשים". על פי הנטען, אין די בתנאים שנקבעו כדי להבטיח שקיפות וממשל תאגידי תקין על אף שהממונה הרחיבה את חובות התאגיד בעניין זה. לטעמו, היה על הממונה לקבוע "מערך שקיפות מדויק הכולל מאגר נתונים בעל קריטריונים אמתיים שאינם מדגם לצורך השגת שקיפות"; כי התקנון של אקו"ם הוא תקנון מפלה ולפיכך היה על הממונה לקבוע "כי התקנון ינוסח מחדש על ידי חברים באקו"ם המחזיקים בכל סוגי המניות וכי התקנון יבוקר על ידי גורם חיצוני לאקו"ם ומפקח אשר ידווח לממונה ויקבל אישורו וזאת לאחר שנתן הזדמנות לכל חבר ובעל מניה לומר את דברו"; כי היה על הממונה לדרוש שאקו"ם ישתמש במערכת ניטור קולי לכלל היוצרים, אשר יוכלו לדעת בזמן אמת על השימושים ביצירותיהם; כי היה על הממונה לדרוש כי שכר נושאי המשרה בתאגיד יפורסם בנוגע לכל אחד ואחד מנושאי המשרה (לרבות תמורות שאינן נחשבות שכר) ולא כסך השכר המשולם לנושאי משרה בתאגיד, כפי שהיה עליה לדרוש



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

כי פרסום הנתונים הכספיים, לרבות סך הגבייה וסך הכספים הנותרים לניהול המערכת ייעשה "באופן מדויק"; כי היה על הממונה לקבוע מנגנון לפיו נושא משרה באקו"ם לא יוכל להישאר בתפקידו יותר ממספר שנים בודדות, ועוד.

הבקשה למחיקה על הסף

6. לטענת אקו"ם, גם אם נניח שכל טענותיו של העורר אמת (מה שמוכחש), אין הן מראות פגיעת הגבל עסקי ומקומן לא יכירן בערר על החלטת פטור של הממונה. ב"כ אקו"ם מפנה, בהקשר זה, לסעיף 15(א) לחוק המעניק זכות ערר אך ל"אדם העלול להיפגע מהסדר כובל שניתן עליו פטור לפי סעיף 14", ולאופן בו פורש סעיף זה בפסיקה (ה"ע 802/08 אייס אוטו דיפן בע"מ נ' הום סנטר (עשה זאת בעצמך) בע"מ (21.4.2009); ה"ע 8011/03 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בע"מ נ' נציגי מובילי החלב העצמאיים (20.1.2005)). פגיעת הגבל עסקי, היא הפגיעה המעניקה זכות ערר, היא אך פגיעה באחד האינטרסים הציבוריים שהחוק מגן עליהם. זאת ועוד, על העורר להראות כי הוא זה שעלול להיפגע כתוצאה מפגיעת ההגבל העסקי (ה"ע 5/98 אדגר נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (26.10.1998)). התכלית מאחורי תפישה זו, לטענת אקו"ם, היא הרצון למנוע משיקולים פרטיים להשפיע על החלטות בעלות אופי ציבורי על פי טיבן.

על רקע האמור, אקו"ם סבור כי העורר לא ביסס פגיעת הגבל עסקי. הטענות המועלות בערר הן מתחום דיני החוזים האחידים, זכויות הקניין, דיני תאגידים ועוד. מערכות דינים אלה מעמידות תרופות שונות ודיני ההגבלים העסקיים אינם המסגרת ההולמת לטיפול בטענותיו של העורר. כך, בין היתר, הטענה שעניינה העברת הבעלות המוחלטת בזכויות היוצרים מן היוצרים לאקו"ם ופגיעה בקניינם אינה טענת הגבל עסקי; הטענה שאקו"ם פועל בניגוד לחוק וכי תקנונה מקפח – אין עניינה לבית הדין להגבלים עסקיים ועל העורר לפעול בדרכים העומדות לו לשם שינוי התקנון; הטענות בדבר היעדר שקיפות מתבססות על הליך שהעורר ניהל בשעתו נגד אקו"ם, אולם אין העורר מסביר מה בינן לבין פגיעת הגבל עסקי הנגרמת לו ולכלל הציבור; כך גם הטענה לפיה אקו"ם מנעה מן העורר מידע לגבי אופן חישוב התמלוגים המגיעים לו אינה טענת פגיעת הגבל עסקי כי אם סכסוך מסחרי בין העורר לבין אקו"ם.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

ב"כ אקו"ם מפנה לכך שאין העורר מתייחס כלל לשוק בו הוא פועל, אינו מעלה טענה בדבר פגיעה תחרותית הנגרמת על ידי אקו"ם אשר התנאים לא התייחסו אליה, אינו מתייחס לאישורי ההסדר הכובל שהעניק בית הדין לאחרונה לפדרציה לתקליטים ולפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית, הדומים עד זהים לתנאי הפטור נשוא הערר.

עוד נטען, כי העורר אינו מבסס עילת תביעה אישית. לעורר מניה רגילה בתאגיד, המקנה לו זכות השתתפות באספה הכללית, לבחור ולהיבחר, וזכות לתמלוגים. זאת ועוד, התקנון מקים מנגנון בורות פנימית שנועד ליישוב סכסוכים בין התאגיד לבין בעלי המניות ולעורר עומדת הזכות לפנות למנגנון זה. בנוסף, אקו"ם מחויבת, על פי סעיף 10 לתנאי הפטור, להעמיד לרשות כל חבר דו"ח שנתי הכולל, בין היתר, דו"חות כספיים, סך התמורה ששולמה לנושאי משרה, סך הכנסות התאגיד, סך הכנסות התאגיד מהשקעות ותיאור השימוש שנעשה בהן, ועוד. העורר זכאי אפוא לקבל את כל המידע שהוא מבקש לכלול בתנאי הפטור והוא רשאי לעשות שימוש בזכותו כבעל מניה על מנת להוביל מהלכים לשינויים בתקנון.

הערר, כך נטען, אינו מעלה סוגיות ציבוריות וכל עניינו – אישי, היינו גובה התמלוגים להם הוא זכאי.

על כל אלה נטען, כי אין מבוקש בערר סעד קונקרטי, כי אם אמירה כללית לפיה מתבקש בית הדין "להורות על שינוי ההחלטה כך שאקו"ם תהפוך לבית אמתי ליצרנים ולתרבות במדינת ישראל". העורר אינו מבקש את ביטול הפטור, כאמור בסעיף 15(ב) לחוק, הוא הסעד שבית הדין מוסמך לתת במסגרת ערר לפי סעיף 15(א), ואין הוא טוען כלל כי הפטור שניתן אינו עומד בתנאים לפי סעיף 14. ההיפך הוא הנכון, העורר מודה בפה מלא כי הפטור מקיים את תנאי סעיף 14 (סעיף 44 להודעת הערר). ואם כך, אין בידו עילה להתערבות בית הדין.

לבסוף נטען, כי הערר הוא בבחינת ניצול לרעה של הליכי משפט, משום שהערר מציג לפני בית הדין (וגם לפני רשות ההגבלים העסקיים) תמונה עובדתית חלקית ולא מדויקת. בין היתר לא



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

הובא, כי העורר עצמו אינו מדווח לאקו"ם, מזה שנים, על הופעותיו שלו, בהן הוא משתמש בזכויות יוצרים של חברי אקו"ם אחרים ואשר אקו"ם אמורה לגבות לגביהן תמלוגים. משכך, מפר העורר את זכויותיהם של יוצרים אחרים וגוזל מהם את התמלוגים המגיעים להם בדין.

עמדת הממונה

7. אף הממונה סבורה כי דין הערר להיות מסולק על הסף, בשל פגמים מרכזיים בו הוא לוקה. בין היתר מצביעה הממונה על כך שהעורר מודה כי התקיימו התנאים לפי סעיף 14 לחוק למתן פטור, ומשכך אין עילה לביטול ההחלטה או לשינויה. העורר אף מכיר בתועלות שבניהול המשותף העומדות ביסוד ההחלטה נשוא הערר, ובאת כוחו הרעיפה דברי שבח על ההחלטה, דברים העומדים בסתירה חזיתית לטענות בערר (נספח 1 לבקשת המחיקה מטעם אקו"ם).

בנוסף טוענת הממונה, כי הערר אינו מפרט מה הסעד המבוקש ולא ברור מהם התיקונים שמבקש העורר לערוך בהחלטה. זאת ועוד, חלק ניכר מטענותיו כלל אינן רלוונטיות להחלטת הפטור ונראה כי הערר אינו אלא אמתלה לערב את בית הדין בסכסוכים הפרטניים בין העורר לבין התאגיד. ולבסוף – הערר רצוף טענות עובדתיות שאינן נתמכות בתצהיר או בכל ראיה אחרת לאמיתותן, בניגוד לתקנות ההגבלים העסקיים (סדרי דין בבית הדין ובערעור), התשמ"ט-1988.

תגובת העורר לבקשה

8. בתגובתה חוזרת ב"כ העורר על הטענה לפיה אקו"ם פועלת בניגוד לדין ובניגוד לתנאי הממונה, כך שתחת ניהול זכויות היוצרים פועל התאגיד לצורך רווחתו הוא. עוד מעלה התגובה טענות מטענות שונות על אופן חלוקת התמלוגים, אשר גם לשיטתו ישמשו עילה להגשת תביעה לבית המשפט המחוזי בתל אביב בימים הקרובים. בכלל זאת יובאו בהליך האמור טענותיו של העורר, כמו גם של יוצרים אחרים, בכל הנוגע לכתב העברת הבעלות כחווה אחיד, לתקנון



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

המקפח ולהפרת זכויות יוצרים. אלא שעל פי הנטען, בבית המשפט המחוזי לא ניתן יהיה להעלות טענות הנוגעות לתנאי הממונה, לניסוחם, או לפעולות אסורות שמבצעת אקו"ם.

דיון והכרעה

9. דין הערר להיות מסולק על הסף.

כלל הטענות העובדתיות המפורטות בו אינן מגובות בתצהיר, ומשכך אינן יכולות לשמש תשתית לבירור טענותיו של העורר. די בכך כדי להביא לסילוקו.

10. אולם בין כך ובין כך, העורר מודה, מצד אחד, כי מתקיימים התנאים למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק, ומנגד אינו מבהיר, בערר, מהו הסעד המבוקש. בצדק נטען, כי משהודה העורר בהתקיים התנאים לפי סעיף 14 לחוק, נשמט הבסיס מן הערר. טענותיו של העורר, בנסיבות אלה, מקומן לא יכירן בבית הדין להגבלים עסקיים, במסגרת הדיונית של ערר על החלטת הממונה למתן פטור מאישור בית הדין להסדר כובל. גם מתגובת העורר לבקשת המחיקה עולה, כי הטענות המועלות בעררו משמשות עילה להליכים אזוריים שננקטו או שבדעתו לנקוט. זה אכן מקומן. ואילו ככל שהמדובר בתנאים שהתנתה הממונה את מתן הפטור – הרי שהעורר מודה כי תנאי החוק התקיימו. יתרה מזאת, אין העורר מבקש סעד שבית הדין מסוגל לתת. ההליך שלפניי אינו הליך היאה למתן סעד חסר כל משמעות אופרטיבית, הוא הסעד המבוקש בערר "להורות על שינוי ההחלטה כך שאקו"ם תהפוך לבית אמתי ליוצרים ולתרבות במדינת ישראל". לא למדתי מהו השינוי המתבקש וכיצד יש בו למזער את הפגיעה התחרותית הנובעת מן ההסדר, פגיעה שכלל לא בוססה, לא בטענות של ממש ולא בחוות דעת מומחה. לעניין זה אין לי אלא להפנות להחלטתו של בית הדין בבש"א 515/08 טרפלס קומפאונדס (1994) בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (26.8.2008):

"הנטל על המבקשת להציג תשתית עובדתית ומקצועית, מבוססת ומשכנעת, תוך שימוש בנתונים שבידיעתה המיוחדת, שיש בהם להראות כי החלטת הממונה אינה מוצדקת מבחינת דיני התחרות ואינה מגשימה את תכלית החוק של מניעת הפגיעה בתחרות הכלכלית ובציבור. נראה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

לכאורה כי המבקשת לא עמדה בנטל זה. היא לא העלתה בפני הממונה או בבקשה לבית הדין, תשתית לכאורית שיש בה כדי להצביע על העדר הסבירות של התנאי בהתאם לתכלית ולמטרת החוק, ואף לא הצביעה על תנאים חלופיים אחרים שיש בהם לתת מענה לחששות לתחרות שנבעו מהסכם המיזוג" (שם, בפסקה 50).

הבקשה לפיה בית הדין יורה לממונה לקבוע תנאים "מדויקים" יותר, או כאלה שיהפכו את אקו"ם "לבית אמתי ליוצרים ולתרבות במדינת ישראל" אינה בקשה המבססת עילה לפי סעיף 15 לחוק.

11. אכן, בדין סוברים הן הממונה והן אקו"ם כי העורר מבקש, תחת כסותו של הערר, שלא בוסס בכל דרך שהיא, להמשיך ולנהל את מאבקו הפרטי והמתמשך באקו"ם. אלא שהערר שהוגש אינו ההליך ההולם. על המבקש לערר על החלטת הממונה לפי סעיף 14 לחוק, לבסס עילה של פגיעת הגבל עסקי, ובמילים אחרות, של פגיעה תחרותית כללית. העורר אפילו לא ניסה לעשות כן. ההיפך הוא הנכון – כאמור, העורר מודה בפה מלא כי התקיימו התנאים למתן פטור לפי החוק.

אני מורה, אם כך, על מחיקת הערר.

העורר ישלם לכל אחד מן המשיבים הוצאות ושכ"ט עו"ד בסכום כולל של 10,000 ₪.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לבי"כ הצדדים.

ניתן היום, י"ט אדר תשע"ז, 17 מרץ 2017, בהעדר הצדדים.

נאוה בן אור

נאוה בן אור, שופטת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"ע 6576-12-16 בניון נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'