



רשות ההגבלים העסקיים

החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר
מתן פטור מאישור הסדר כובל

להסדר שבין חטיבת מכוני הכושר שבאיגוד לשכות המסחר

לבין מכוני הכושר החברים בה

שענינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף

1. פתח דבר

ביום 4 במאי 2008, הונחה על שולחני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "**חוק ההגבלים העסקיים**"), להסדר בין חטיבת מכוני הכושר שבאיגוד לשכות המסחר (להלן: "**חטיבת מכוני הכושר**" או "**החטיבה**") לבין מכוני כושר החברים בה, בדבר ניהול משא ומתן משותף מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים ומבצעים, שענינו התנאים בהם יוצע לחברי החטיבה רשיון לשימוש בזכויות אלה (להלן: "**ההסדר**").

בחנתי את ההסדר על הכבילות המצויות בו ואת השפעתם האפשרית של כל אלה על התחרות בשוק הרלוונטי. לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים באתי למסקנה, כי בכפוף לקיום התנאים שבסיפא להחלטתי, אין הכבילות שבהסדר פוגעות פגיעה של ממש בתחרות בשוק כאמור, כי עיקרו של ההסדר אינו בהפחתת התחרות או במניעתה, וכי אין בו כבילות שאינן נחוצות למימוש עיקרו. מטעמים אלה מצאתי כי ניתן להעניק לצדדים פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, הכל בתנאים המנויים בסיפא להחלטתי.

2. ההסדר

2.1 הצדדים

הצדדים המבקשים לערוך משא ומתן הם:

חטיבת מכוני הכושר – חטיבה הפועלת במסגרת איגוד לשכות המסחר, המייצגת כעשרה מכונים ורשתות של מכוני כושר ורשת נשית לעיצוב, לחיטוב ולהרזייה (להלן: "**מכוני הכושר**"). החטיבה פועלת לקידום ענף מכוני הכושר וייצוגו בפני גופים ממשלתיים ורשויות מקומיות וכן מוסדות וארגונים בארץ ובחו"ל. בהקשרנו אנו, מהווה החטיבה איגוד עסקי כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

תאגידים לניהול משותף – תאגידים לניהול משותף הם תאגידים המייצגים מספר רב של בעלי זכויות יוצרים או מבצעים (להלן ביחד: "**זכויות יוצרים**"), ועוסקים במתן הרשאה קולקטיבית לשימוש ביצירות המוגנות בזכויות אלה. תאגידים שכאלה, הנפוצים במדינות רבות בעולם, הוקמו

כמענה לקושי ולעלויות העסקה הכרוכות בניהול משא ומתן פרטני עם כל בעלי זכויות היוצרים. על פי הפרקטיקה הנוהגת, גוף אחד או מספר גופים מצומצם, מקבלים מבעלי הזכויות השונים הרשאה (בדרך של רישיון או בדרך של העברת הזכות) לנהל בשם בעלי הזכויות השונים את פעולות ההרשאה, גביית התמלוגים והאכיפה. מקובל כי אותו הגוף מעניק למשתמשים השונים רישיון גורף (Blanket License) המכסה את כלל היצירות המוגנות המצויות ברפרטואר של תאגיד הניהול המשותף.

בארץ, ניתן למנות בין תאגידים אלו למשל את אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (אקו"ם), המנהלת את זכויות היוצרים בתחום המילים והלחן של יצירות מוסיקליות; ואת הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (הפדרציה) והפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית בע"מ (הפי"ל), המנהלות את זכויות היוצרים של מפיקי התקליטים ברשומות הקול. בקשת הפטור המונחת לפניי היא לניהול משא ומתן מול תאגידים שונים לניהול זכויות יוצרים ומבצעים, ככל שיידרש, לצורך השמעת מוסיקה במכוני הכושר (להלן כולם יחדיו: "התאגידים לניהול משותף").

2.2 תאור ההסדר והכבילות

ההסדר בין חטיבת מכוני הכושר לבין חבריה נוגע לניהול משא ומתן משותף מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, שמטרתו להגיע להסכמה עם התאגידים בדבר התנאים בהם יהיו נכונים להעניק לחברי החטיבה את הרישיונות הנדרשים לשימוש במוסיקה במכוני הכושר, ובכלל זה הקריטריונים שישמשו לצורך חישוב דמי הרישיון, אופן החישוב, גובה ותנאי התשלום של דמי השימוש. בסיום המשא ומתן תאפשר החטיבה לחבריה לרכוש רישיון מאת התאגיד לניהול משותף, בהתאם לתנאים שייקבעו במשא ומתן האמור.

3. השפעת ההסדר על התחרות

בהחלטות פטור קודמות נותחו בהרחבה השפעותיהם של הסדרים לניהול משא ומתן משותף בכלל, ובין קבוצות משתמשים לבין תאגידים לניהול משותף בפרט, והשיקולים למתן פטור להסדרים אלו. נחזור על עיקרי הדברים להלן ונתעכב על הסוגיות הפרטניות העולות בפטור שבפנינו.

3.1 ניהול משא ומתן משותף בראי דיני ההגבלים העסקיים

ככלל, חבירה של מתחרים כגון דא לצורך ניהול משא ומתן משותף עם ספק או ספקים של תשומה (ובענייננו רישיון השמעה פומבית הוא תשומה כזו) מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, שכן מדובר בהסדר העלול להפחית את התחרות בעסקים ואף נכנס לגדרם של סעיפים 2(ב)(1) ו-2(ב)(2) לחוק, מאחר שמדובר בכבילה הנוגעת למחיר שישולם על-ידי חברי ההתאחדות ולרווח שיופק על-ידם. הצעתה של חטיבת מכוני הכושר לחבריה לאמץ תנאים שיוכמו במשא ומתן קולקטיבי עם התאגידים לניהול משותף, עולה לכדי הסדר כובל גם לפי סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים בהיותה "קו פעולה" הנקבע על ידי "איגוד עסקי".

במקרים רבים, חבירה של כלל המתחרים לניהול משא ומתן משותף מול ספק, מעוררת חששות תחרותיים ליצירת כוח שוק מונופסוני, וכן לפגיעה בתחרות בין המתחרים החוברים למסגרת

המשא והמתן המשותף, בין היתר עקב זליגת שיתוף הפעולה בין המתחרים לתחומים נוספים. ברם, כפי שנראה להלן, בהתקיים התנאים המפורטים בסוף החלטתי בענייננו אין לחששות אלה יסוד של ממש, בעוד שקיימת הצדקה לקיומו של משא ומתן משותף לחברי החטיבה.

3.2. ניהול משא ומתן קולקטיבי כאמצעי לריסון כוח שוק הנתון לתאגיד ניהול משותף

ולחשכון בעלויות עסקה

מאפיין המשותף לרבים מהתאגידים לניהול משותף בארץ ובעולם, הוא כוח השוק בו הם מחזיקים כלפי המשתמשים, הנובע בין היתר מריכוז נתח שוק גדול של הזכויות בידיהם, עקב היתרונות לגודל הטמונים בניהול המשותף של זכויות היוצרים. כך למשל בארץ, קבע בית הדין להגבלים עסקיים כי הקמתן ופעולתן של הפדרציה והפיי"ל הן הסדר כובל והפדרציה אף הוכרזה כבעלת מונופולין בניהול זכויות חבריה¹. בדומה, הממונה פרסם קביעה לפיה פעילותה של אקו"ם היא הסדר כובל והכריז עליה כבעלת מונופולין².

כפי שתואר בהחלטות קודמות בנושא³, אחד האמצעים המוכרים בעולם לריסון כוח השוק שבידי תאגידים אלו הוא ניהול משא ומתן קולקטיבי על-ידי קבוצות משתמשים או על-ידי איגודים עסקיים המייצגים אותם. ניהול משא ומתן קולקטיבי על-ידי קבוצות המשתמשים משפר את כוח המיקוח היחסי של המשתמש מול התאגידים לניהול משותף, ומאפשר למשתמש להתגבר על פער המידע והמקצועיות שקיים, בדרך כלל, ביחסים שבינו לבין אותם תאגידים. בנוסף, וכך אף בענייננו, חוסך המשא ומתן הקיבוצי לתאגידים לניהול משותף וללקוחותיהם חלק מעלויות העסקה הכרוכות במשא ומתן פרטני מול המשתמשים.

אין להבין מהאמור, כי תמיד קיימת הצדקה לניהול משא ומתן קולקטיבי מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. על הצדדים לשכנע את הממונה כי נוסף על נחיצותו של המשא ומתן הקולקטיבי, משא ומתן כאמור אינו מקים חששות תחרותיים של ממש בנסיבות העניין. זאת, בשים לב, בין השאר, למספרם של המשתמשים המבקשים לחבור לניהול המשא ומתן ביחס להיקף השוק בו הם פועלים, להיקף התמלוגים המשתלמים לתאגידים לניהול משותף עבור רישיונות שימוש על-ידי משתמשים אלו, לכוח המיקוח היחסי של כל אחד מהם, למידת הנטייה לתיאום (מפורש או משתמע) הקיימת ביניהם ולהיקף התשומה המדוברת ביחס לסך עלויות המוצר או השירות שעליו מתחרים הצדדים למשא ומתן.

לכך מצטרף סייג עקרוני: לא בכל מקרה בו מתבקש ניהול משא ומתן קולקטיבי מול גוף בעל כוח שוק, תהא לכך הצדקה. הדבר תלוי במאפייני השוק והסכנה הרובצת מנגד היא, כי חלק שיווי

¹ הי"ע 3574/00, 3666/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ והפדרציה למוסיקה ישראלית וים-תיכונית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח', דינים מחוזי, לד(4), 175 וכן ראו הכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר קיומו של מונופולין הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ; 2005 הגבלים עסקיים 5000009.

² קביעה לפי סעיף 43(א1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין: אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ; 2004 הגבלים עסקיים 3020033. יצוין, כי על הקביעה בדבר ההסדר הכובל תלוי ערר של אקו"ם, הי"ע 513/04 אקו"ם נ' הממונה על הגבלים עסקיים.

³ ראו למשל החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל הסדר בין התאחדות המלונות בישראל - לבין בתי המלון בישראל החברים בה שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים; 2002 הגבלים עסקיים 3015709.

משקל מעין תחרותי יישאר שיווי המשקל המונופוליסטי על כנו, ותשתנה רק חלוקת העושר בין הגורמים המבקשים לחבור למסגרת ניהול משא ומתן משותפת ובין הגוף בעל כוח השוק.

3.4. ההיבטים התחרותיים של ניהול משא ומתן קולקטיבי על פי ההסדר שבפניי

כאמור לעיל, בכדי שניתן יהיה להעניק להסדר כובל פטור, אין די בכך שקיימת הצדקה לעריכתו, אלא נדרש גם שההסדר לא יקים חשש ממשי להגבלת התחרות, בהתאם לנסיבותיו של כל מקרה כמתואר לעיל.

ניתוח עובדות המקרה שלפנינו, מלמד כי ההסדר אינו מקים חששות ממשיים להשפעות אנטי-תחרותיות: מהצד האחד, הנתונים העדכניים הנמצאים בידי מלמדים, כי התמלוגים המשתלמים על-ידי חדרי הכושר לתאגידים לניהול משותף עבור רישיונות השימוש, מהווים אחוז קטן מהכנסות התאגידים. כמו כן, נתח השוק הנוכחי של חברי החטיבה מכלל מכוני הכושר (בין אם על-פי מספר המכוניים ובין אם על-פי מספר המנויים בהם) עומד על אחוזים בודדים. אין אפוא חשש של ממש כי ההסדר המוצע יקים לחדרי הכושר החברים בחטיבה כוח מונופסוני אל מול התאגידים לניהול משותף. מהצד האחר, גם תשלום התמלוגים לתאגיד לניהול המשותף עבור רישיונות שימוש, מהווה רכיב קטן מסל העלויות של מכוני הכושר. משום כך, מופחת החשש מפני הסתברות לתיאום מחירים בין מתחרים החוברים לרכישת תשומה משותפת, וזאת כיון שהתשומה הנרכשת איננה מהווה רכיב משמעותי מסך העלויות לייצור המוצר.

בדומה להחלטות פטור קודמות בתחום זה, מצאתי להשית תנאים שנועדו להבטיח כי לא יפגע כושר התחרות בין המשתמשים הרוכשים את הרישיונות לבין עצמם, קרי מכוני הכושר החברים בחטיבה, וכן כי לא יפגע כושר התחרות בין מכוני כושר חברים לבין מכוני כושר שאינם חברים בחטיבה: ביחס לחברי החטיבה, התנאים קובעים שהסכמות שהושגו במשא ומתן קולקטיבי עם תאגיד לניהול משותף יהוו רק המלצה ולא יוכלו לחייב מכוני כושר החבר בחטיבה, ובפרט לא יוכלו למנוע ממנו לשאת ולתת עבור עצמו ולהשיג תנאים טובים יותר. כדי לאפשר למכוני כושר שאינם חברים בחטיבה להתחרות במכוני כושר החברים בה על בסיס עלויות שווה, נקבע תנאי נוסף לפיו כל הסכמה שהושגה עם תאגיד לניהול המשותף במשא ומתן קולקטיבי תפורסם, כך שגם מכוני כושר שלא היה צד למשא ומתן המשותף, יוכל לעשות בה שימוש אם ירצה בכך. כן אוסרים התנאים על הצדדים להסדר להתקשר עם תאגיד לניהול משותף בהסדר לפיו יוצעו לצד שלישי, שאינו צד להסדר, תנאים נחותים מאלה המוצעים לחברי החטיבה, או שתשלל בו יכולתו של צד שלישי כאמור, להתקשר בתנאים עדיפים על אלה שהוצעו לחברי החטיבה.

יודגש, כי הפטור תחום ומוגבל, ותחולתו מצומצמת אך ורק לניהול משא ומתן משותף מול תאגידים לניהול משותף וכל תיאום אחר בין חברי החטיבה, במפורש או מכללא – אסור.

בשים לב למכלול הנסיבות, מתכונת שיתוף הפעולה והתנאים הקבועים בסיפא להחלטתי, נראה כי ההסדר המוצע אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות וכי התועלות שבצידו של ההסדר, לא תשארנה נחלתם הבלעדית של הצדדים להסדר. למותר לציין, כי פטור זה אינו בא להסיג את משטר הפיקוח של מערך ההגבלים העסקיים או לגרוע מכל חובה אחרת המוטלת או שתוטל בעתיד על התאגידים לניהול משותף על פי דין.

4. סוף דבר

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים ומכוח הסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ניתן בזה פטור, בתנאים המפורטים להלן, לחטיבת מכוני הכושר ולמכוני הכושר החברים בה, מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר לניהול משא ומתן משותף שערכו ביניהן.

אציין, כי בימים אלו ממשיכה ועדת הכנסת לענייני כלכלה לקיים דיונים בעניין הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (בית דין לתמלוגים) (הוראת שעה), התשס"ו-2006⁴. הצעת חוק זו נועדה להסדיר את פעולתם של התאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים בכלל ואת פעולתם של תאגידים לניהול משותף של זכויות בתחום המוסיקה בפרט. לאור שינויים אלו הצפויים להתחולל באקלים המשפטי בו פועלים התאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, מצאתי לנכון לקצוב בזמן את תוקפו של הפטור הניתן בזאת לתקופה של **שלוש שנים**.

בהתאם לסעיף 15(א) לחוק ההגבלים העסקיים נתונה החלטתי זו לערר בפני אב בית הדין להגבלים עסקיים על ידי איגוד עסקי, ארגון צרכנים או כל אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל נשוא הפטור.

ואלה הם התנאים למתן הפטור:

הגדרות:

"מכוני הכושר" - לרבות רשתות ו/או מכוניים לעיצוב, חיטוב והרזיה;

"החטיבה" - חטיבת מכוני הכושר של איגוד לשכות המסחר;

"זכויות יוצרים" - לרבות זכויות מבצעים;

"תאגיד לניהול משותף" – תאגיד המייצג מספר רב של בעלי זכויות יוצרים או מבצעים, ועוסק במתן הרשאה קולקטיבית לשימוש ביצירות המוגנות בזכויות אלו.

תנאים:

1. הפעילות המותרת במסגרת פטור זה למכוני הכושר החברים בחטיבה, היא לקיים ביניהם שיתוף פעולה, באמצעות החטיבה, שעניינו ניהול משא ומתן משותף אל מול תאגידים לניהול משותף בעניין התנאים בהם יוצע לחברי החטיבה רישיון לשימוש בזכויות היוצרים שבניהול התאגידים לניהול משותף. פטור זה אינו מתיר כל פעילות החורגת ממשא ומתן כאמור.

2. החטיבה ומכוני הכושר החברים בה יקיימו הפרדה מלאה ומוחלטת בין פעילותו העסקית של כל אחד ממכוני הכושר החברים בחטיבה לבין פעילותו של מכוני כושר אחר, ובין פעילויות עצמאיות אלה לבין פעילותם המשותפת במסגרת המשא ומתן הקולקטיבי.

⁴ הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (בית דין לתמלוגים) (הוראת שעה), התשס"ו-2006, ה"ח 252, י"ד בתמוז התשס"ו, 10.7.06, בע' 538.

מבלי לגרוע מהאמור: מכון כושר לא יעביר למכון כושר אחר, במישרין או בעקיפין (לרבות באמצעות החטיבה), מידע בדבר עלויות, נתוני מכירות, רווחיות או תמחור.

3. מכון כושר החבר בחטיבה יהיה רשאי לנהל עם תאגיד לניהול משותף משא ומתן נפרד לצורך קבלת רישיון שימוש בזכויות יוצרים.

4. החטיבה לא תחייב מכון כושר החבר בה, במישרין או בעקיפין, לאמץ איזה מההסכמות שהושגו בינה לבין תאגיד לניהול משותף. מבלי לגרוע מכלליות האמור, על אף האמור בכל הסכם, הסדר או תקנון, יהיה כל אחד ממכוני הכושר החברים בחטיבה חופשי שלא לאמץ את המלצות החטיבה ולהתקשר עם תאגיד לניהול משותף בנפרד.

5. החטיבה או מי מחבריה וכל הפועל מטעמה, לא יהיו צד להסדר עם תאגיד לניהול משותף שמטרתו, תוכנו או תוצאתו מתן תנאים נחותים יותר, על ידי התאגיד לניהול משותף, לצד שלישי שאינו חבר בחטיבה. כמו כן, לא תישלל מצד שלישי כאמור האפשרות להתקשר עם התאגיד לניהול משותף בתנאים זהים או טובים מאלה שהוסכמו עם החטיבה.

6. החטיבה תפרסם ברבים את ההסכמות שהושגו בינה ובין תאגידים לניהול משותף ותאפשר עיון בהן לכל מכון כושר המעוניין בכך, בין אם הוא חבר בחטיבה ובין אם לאו.

7. תוקפו של פטור זה יפקע ביום 30 ביוני 2011.

מרב בארי

כלכלנית ראשית

ממלאת מקום הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, כ"ז בסיוון תשס"ח
30 ביוני 2008