



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

בפני כב' השופטת תמר בזק-רפפורט, משנה לא' בית הדין

המבקשת הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

נגד

המשיבה הממונה על הגבלים עסקיים

1

2

המתנגדת חברת פרטנר תקשורת בע"מ

3

4

פסק-דין

5

6 בקשה לאישור הסדר כובל בדבר ניהול רישיונות לשימוש ואכיפת זכויות ביצוע פומבי,
7 שידור וסינכרוניזציה ברשומות קול של חברי המבקשת והמיוצגים על ידה - במשותף.

8 1. המבקשת, הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן – הפדרציה)
9 הינה תאגיד שהוקם בזמנו בידי חברות התקליטים, לצורך ניהול משותף של זכויות
10 היוצרים של חבריה, בתחום מתן רישיונות להשמעה פומבית ושידור של רשומות קול,
11 ולצורך אכיפת זכויות היוצרים של החברות ומניעת הפרתן. כן מנהלת הפדרציה את
12 הזכויות האמורות ברשומות הקול של חברות תקליטים זרות המיוצגות על ידה.

13 2. הפדרציה מקיפה את רוב רובם של מפיקי תקליטים בישראל, ובהתאם לכך היא
14 בעלת מונופולין בשוק מתן רישיונות שימוש גורפים בזכות השידור של רשומות קול
15 מוזיקאליות ובשוק מתן רישיונות גורפים בזכות ההשמעה הפומבית של רשומות קול
16 מוזיקאליות.

17 3. הלכה למעשה מעמידה הפדרציה לרשות משתמש החפץ להתקשר עימה בהסכם
18 "רישיון גורף", או ככינויו האחר "רישיון שמיכה", המאפשר זכות שימוש ברשומות
19 הקול של כל חברי הפדרציה המיוצגים בה, תוך שמירת זכות היוצרים שבהם; הפדרציה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

- 1 עוסקת בגביית תמלוגים עבור החברים המיוצגים בגין השימוש ברישיונות השמיכה;
- 2 הפדרציה מבצעת פעולות לאכיפת זכויותיהם החוקיות של החברים ושל המיוצגים
- 3 ברשומות הקול.
- 4 פעילותה של הפדרציה מצויה בבקרת מערך ההגבלים העסקיים עוד מראשית
- 5 העשור. במסגרת זו, הגישה הפדרציה במהלך שנת 2000 לבית הדין להגבלים עסקיים
- 6 בקשה לאישור ההסדר כובל.
- 7 5. ביום 29.4.04, בהמשך להיתרים זמניים שניתנו לפעולת הפדרציה במשך השנים
- 8 בכפוף לתנאים, ניתן פסק דינו של בית הדין להגבלים עסקיים בבקשת הפדרציה, אשר
- 9 אישר את ההסדר, בכפוף לשורה של תנאים עליהם המליץ הממונה על הגבלים העסקיים
- 10 (להלן – הממונה), וכן תנאים עליהם הורה בית הדין. מדובר בפסק הדין בה"ע 3574/00,
- 11 3666 הפדרציה הישראלית נ' הממונה על הגבלים העסקיים (להלן – פסק דין הפדרציה
- 12 הקודם).
- 13 6. תוקפו של האישור לפי פסק דין הפדרציה הקודם ניתן לשלוש שנים, ומשכך ביום
- 14 25.4.07 הוגשה בקשה מהודשת לאישור הסדר כובל ולמתן היתר זמני. בהמלצת הממונה
- 15 העניק בית הדין את ההיתר הזמני והאריכו מעת לעת בתנאים עליהם הורה בית הדין
- 16 בפסק דין הפדרציה. מאז יום 1.6.08 האריך בית הדין את ההיתר הזמני בכפוף לתנאים
- 17 נוספים, בהתאם להמלצת הממונה.
- 18 7. התנאים הנוספים שביקשה הממונה להוסיף לתנאים כפי שנקבעו בפסק דין
- 19 הפדרציה – כך הסבירה רשות ההגבלים העסקיים (להלן – הרשות) – נבעו מן הניסיון
- 20 שהצטבר במשך השנים ומפגישות ומגעים של הרשות עם גורמים בתעשיית המוזיקה,
- 21 ובכללם משתמשים ומפיקי תקליטים, וכן משינויים טכנולוגיים ומשקיים, אשר דרשו
- 22 עדכון התנאים.
- 23 8. בתחילת הדרך לא ראתה הפדרציה עין בעין עם הרשות בכל הנוגע לכל אותם
- 24 עידכונים ותיקונים מבוקשים, אך סופם של דברים היא שכעת מונה בפני נוסח מוסכם –
- 25 על הממונה ועל הפדרציה – של תנאים לאישור ההסדר הכובל הנדון.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

9. המתנגדת, חברת פרטנר תקשורת בע"מ (להלן – פרטנר) מסייגת מן הנוסח המוסכם, המשלב כמה מהערוותיה, אך לא את כולן. הסתייגותה נסובה בעיקר על כך שלטענתה, התנאים אשר גובשו בהסכמה בין הממונה לפדרציה אינם מספקים בכל הנוגע למתן רישיונות לשימוש ברשומות הקול באינטרנט ובסלולר (רט"ן) (להלן – המדיה החדשה), בפרט בכל הנוגע לרישיונות הנדרשים למתן שירות צפיה לפי דרישה.

דיון

- פעילות הפדרציה כחסדר כובל ואישורו של הסדר כובל
10. פסק דין הפדרציה הקודם קבע, כי הפעילות נושא ההסדר הנדון מהווה הסדר כובל. הצדדים אינם חולקים כי זו נקודת המוצא לדיונו. משזו נקודת המוצא, ועל מנת שההסכם יאושר, יש לבחון אם מדובר בהסדר ששך יתרונותיו בניכוי חסרונותיו מוביל לתוצאה חיובית ממשית, כלשון סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח - 1988 (להלן – חוק ההגבלים): "אם התועלת הצפויה לציבור תעלה באופן ממשי על הנזק העלול להיגרם לציבור או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר".
- יתרונותיו של ההסדר
11. בענין יתרונותיו של ההסדר הנדון עסק פסק דין הפדרציה הקודם בהרחבה ובמסגרת זו מנה את מעלותיו של ההסדר, לצד חסרונותיו הפוטנציאליים והממשיים, כאשר התוצאה הכוללת היתה - והינה - כי מדובר בהסדר אשר ככלל, מעלותיו עולות במידה ניכרת על חסרונותיו.
12. כשלעצמי מוצאת אני את עיקר מעלתו של ההסדר הנדון בהיותו הדרך האפקטיבית היחידה למימושן החוקי של זכויות יוצרים ברשומות קול, זכויות אשר הדין מכיר בהן ומעודדן. כך למשל קבע בית הדין כי:
- "ניהול משותף של זכויות היוצרים הנה הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

- 1 הקול המוגנות ולאכופ את זכויותיהם של בעלי זכות
- 2 ההשמעה ביצירות" (שם פסק 54).
- 3 בענין זה ראו גם דבריה של כב' השופטת ד' דורנר בענין רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ'
- 4 תחנת השידור גלי צה"ל (בפסקה 6):
- 5 "דברים אלה יפים אף הם כשבעל הזכות אינו יחיד, כי אם
- 6 ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים. ארגונים כאלה,
- 7 שיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם
- 8 ביצירה, זכו להכרה בדיני הזכויות היוצרים על בסיס
- 9 ההבנה, כי בפועל, ללא קיומם, יכולתו של היוצר היחיד
- 10 להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי
- 11 היותה מוטלת בספק....".
- 12 קיומה של הפדרציה ככלי למימושן וקיומן למעשה, ולא רק להלכה, של זכויות יוצרים
- 13 ברשומות קול, הינה שיקול חשוב ומרכזי לזכותו של ההסדר הנדון, וממילא אף לאישורו.
- 14 13. יתרונות נוספים שמנה בית הדין בפסק דין הפדרציה הקודם – ואשר אני, בכל
- 15 הכבוד, מאמצת כבסיס להכרעה בבקשה שבפניי – הם הגברת תפוקה כתוצאה מהחסכון
- 16 למשתמש בזכות הרישיון הגורף שמשווקת הפדרציה, הן בהליך לזיהוי בעלי הזכויות והן
- 17 בהתקשרות הפרטנית שהיתה נדרשת אלמלא הרישיון הגורף שמציעה הפדרציה, והגברת
- 18 נגישות מוסיקלית מגוונת כתוצאה מכך.
- 19 מגרעותיו של ההסדר
- 20 14. בין חסרונותיו של ההסדר ניתן למנות את החשש כי שיתוף פעולה לגיטימי בין
- 21 מתחרים יוביל לזליגת שיתוף הפעולה לתחומים אסורים; עוד מתעורר חשש לתיאום
- 22 מחירים בין מתחרים; ובעיקר חשש לניצול כוח מונופולסטי לרעה – הן במישור היחסים
- 23 שבין הפדרציה לבין המשתמשים, והן במישור היחסים שבין הפדרציה לבין בעלי זכויות
- 24 ברשומות קול – חברי הפדרציה ואלו שאינם חברים בה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

15. כדי לוודא כי ההסרונות לא יעלו על היתרונות, הורה בית הדין בפסק דין הפדרציה הקודם על שורה של תנאים, אשר תכליתם צימצום והפגת החשש מההסרונות. במסגרת זו הורה בית הדין, בין היתר, על הגבלת כוחה של הפדרציה בצעדי אכיפה לשמירת זכות יוצרים; קביעת מנגנוני הכרעה הייצוניים בענייני תעריפים; העברת נטל הוכחת סבירות דמי רישיון אל הפדרציה; ביטול הבלעדיות של הרישיונות המוענקים למבקשת על ידי חבריה; הוראה בדבר מתן אפשרות לניהול מו"מ של ארגון משתמשים מול הפדרציה; והתניית האישור בהרחבת רישיון השמיכה במתן זכות סינכרוניזציה לגופי השידור. תנאים אלו נכללים בתנאים אשר הפדרציה והממונה הסכימו עליהם ככאלה בהם יותנה אישור ההסדר דנן, כאשר עתה עודכנו התנאים והוסף עוד כהנה וכהנה להשלמתם.

10 שינויים וחידושים

16. מאז פסק דין הפדרציה הקודם ועד כה חלו שינויים וחידושים שונים הנוגעים לתחום פעילותה של הפדרציה, הדורשים בירור נוסף אל מעבר לבירור המקיף שנעשה בפסק דין הפדרציה הקודם, בהקשר של התנאים לאישור ההסדר אשר על יתרונותיו הברורים עמדתי לעיל. בענין זה, כאמור, הושגה הסכמה בעניינים רבים, ובאחרים קיימת מחלוקת.

17. תחילה תובא סקירה קצרה בדבר מספר שינויים מוצעים לתנאים, בהסכמה, ובהמשך נעמוד על העניינים השנויים במחלוקת.

18 אופן העברת זכויות המפיקים לידי הפדרציה

18. בשנת 2007 הוחק חוק זכויות יוצרים תשס"ה-2007, אשר החליף הוראות קודמות, בעיקרן מנדטוריות, בתחום זכויות היוצרים. שינויים בחקיקה באשר להגדרת היקף זכויות יוצרים ושימושים גורר שינויים בתנאים המוצעים, שינויים שאינם שנויים במחלוקת ועיקרם בהתאמות טכניות למצב המשפטי העדכני.

23



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 המתווה לנקיטה בהליכים המשפטיים ולקביעת דמי רישיון ההשמעה

2 19. אחד מיתרונותיה החשובים של פעילות הפדרציה, הן מנקודת מבטם של חברי
3 הפדרציה והן מנקודת מבטו של הציבור, היא פעילותה בתחום אכיפת הזכויות ברשומות
4 הקול. אלא שיתרון זה, שוברו בצידו, על שום שמעניק הוא לפדרציה עוצמה ביהסיה מול
5 המשתמשים, אשר עלולה לפגוע במידה לא לגיטימית בכוח המיקוח שלהם. התרופה
6 לכך, כפי שצויין בפסק דין הפדרציה הקודם, היא מנגנונים לריסון כוח השוק של
7 הפדרציה, אשר יגבירו את כוח המיקוח של המשתמשים ויאפשרו קביעת מחיר סביר
8 והוגן.

9 20. לגישת הרשות, הניסיון שנצבר לימד כי מנגנוני ריסון הכוח מצריכים עדכון,
10 לנוכח טענות שהושמעו כנגד המצב שנהג, הן מצד הפדרציה והן מצב המשתמשים.
11 הממונה והפדרציה הגיעו לנוסח מוסכם של תנאים בהקשר זה. התנאים קוצבים מועדים
12 לגיבוש הסכמה בדבר דמי הרישיון טרם נקיטת הליכים משפטיים; התנאים מותירים בפני
13 הפדרציה אפשרות לפנות לבית המשפט לשם קביעת שיעור תמלוגים קבוע, לתביעת
14 ההפרש בין הסכום ששולם לבין הסכום שייקבע וכן לתביעת מלוא הסעדים הנתונים לה
15 במקרה בו המשתמש לא שילם דמי שימוש זמניים ולא הגיע להסכמה אחרת עם
16 הפדרציה; כן מאפשרים התנאים למשתמש אשר שילם את דמי השימוש הזמניים, לפנות
17 בבקשה להכרעה במחלוקת אודות החיוב בתשלום דמי הרישיון או בדבר שיעורם; עוד
18 מתירים התנאים למשתמש לשלם דמי רישיון זמניים עבור שימושים חדשים, אשר עד
19 עתה הפדרציה לא העניקה להם רישיונות.

20 הקמה וניהול של בסיס נתונים

21 21. התנאים המוצעים העדכניים מתייחסים לנושא בסיס נתונים אודות רפרטואר
22 היצירות הנתונות לניהול של הפדרציה, אשר יעמוד לרשות המשתמשים. על פי התנאים
23 המוצעים והמוסכמים, תקיים הפדרציה ותעדכן בסיס נתונים פומבי ומפורט באינטרנט
24 ביחס ליצירות רפרטואר מקומי שבניהולה, וכן תציג את רשימת החברות הזרות
25 שברפרטואר הפדרציה. זאת, לאור הקושי המעשי שמצאה הממונה בפרסום מלא אודות
26 רפרטואר היצירות הזרות.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 תנאי רישיון ותעריפים

2 22. עוד כוללים התנאים המוצעים העדכניים הוראה בדבר חיוב הפרציה במסירת
3 מידע באינטרנט באשר לתעריפה ולקריטריונים לקביעת דמי הרישיון. כך נעשה כדי
4 להגביר את שקיפות פעילות הפרציה כלפי המשתמשים וכדי למנוע אפליה בין
5 משתמשים דומים.

6 שינויים בתחום התקשורת והטכנולוגיה

7 23. מאז ההליך במסגרתו ניתן פסק דין הפרציה הקודם חלו התפתחויות ושינויים
8 של ממש בתחום התקשורת, שעיקרם הנוגע לענינו בהתפתחות השימוש באינטרנט
9 ובטלפון הסלולרי ("רט"ן) כאמצעי תקשורת המעמיד תכנים לרשות הציבור, ו"נדידת
10 תכנים" בין אמצעי השידור השונים (כגון שידור של תוכנית טלוויזיה באתר אינטרנט או
11 בסלולר). להתליכים אלו נשמע הד בפסק דין הפרציה הקודם, בכל הנוגע לרישיונות
12 שימוש באינטרנט. שם סברה הרשות, כי יש להתנות את אישור הסדר קיומה של הפרציה
13 במתן רישיונות בתחום האינטרנט. הפרציה טענה, כי ניתן להורות כך בכפוף לכך
14 שהשידור באינטרנט יתאפשר רק בישראל, ובכפוף לכך שהשידור יעשה באופן שאינו
15 מאפשר הורדת היצירות למחשבי משתמשי הקצה, וזאת באשר ליצירות ישראליות בלבד.
16 סופם של דברים כי בית הדין סבר, כי משמדובר בנושא המעלה סוגיות כבדות משקל,
17 אשר לא לובנו בהליך – לא בהיבט המשפטי ולא בהיבט העובדתי, אין בפני בית הדין
18 תשתית לקבלת החלטה מושכלת בנושא חדשני זה. שמכך, לא הותנתה פעילות הפרציה
19 במתן רישיונות למדיה חדשה, אולם נפתחה דלת לצדדים לפנות בבקשה לבירור נושא זה
20 בהמשך. הממונה מציינת בתגובתה כי בזמנו נעשתה פניה בענין זה, ואף נוהל מו"מ עם
21 הפרציה, אך הדברים לא הביאו לכלל תוצאה מעשית.

22 24. עתה שונים פני הדברים, ולנוכח השינויים הטכנולוגיים והמשקיים יותנה ההיתר,
23 בהסכמת הפרציה, בתנאים אשר נועדו להבטיח מתן רישיונות בידי הפרציה גם למדיה
24 החדשה. כך, למשל, סעיף 4.4. לתנאים המוצעים מרחיב את תחומי עיסוקה של הפרציה
25 למדיה החדשה, בתחומי השמע והחזוי כאחד, בטכניקות שידור שונות כמפורט שם. כן
26 חלו בהקשר זה שינויים בסעיף ההגדרות של תנאי אישור ההסדר המוצעים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

25. בנוסף, בשל ההתפתחויות הטכנולוגיות עודכנו בהסכמה תנאי אישור ההסדר המוצעים, בכל הנוגע להיתר שניתן לפדרציה לעסוק באכיפה למניעת שימוש פיראטי, גם ביחס לזכויות שאינן מנוהלות בידי הפדרציה. בפסק דינו הקודם בענין הפדרציה אישר בית הדין את עיסוקה של הפדרציה באכיפה כזו, אלא שהגדרת "פיראט" כאמור באותם תנאים כללה "ייצור של עותקים של רשומות קול ללא הרשאה וכן מכירה או הפצה של עותקים כאלה". דא עקא: המדיה החדשה מאפשרת העתקה בלתי לגיטימית ללא "ייצור", למשל באמצעות תוכנות לשיתוף קבצים באינטרנט, המאפשרות העתקה בלתי לגיטימית. משכך, עודכנו הוראות התנאים כך שיובהר, כי גם כלפי פעילות שכזו, שאינה כרוכה ב"ייצור", רשאית הפדרציה לפעול, הכל כאמור בתנאים. בהקשר זה אף הובהר כי הדברים אינם מכוונים כלפי העברת שידור במדיה החדשה, כאמור בתנאים.

26. בהקשר זה של שינויים שחלו בתחום התקשורת והטכנולוגיה, עולות טענותיה של המצרפת – פרטנר. פרטנר מפעילה רשת תקשורת סלולרית בישראל מאז שנת 1998, ומחזיקה אף ברישיון להספקת שירותי גישה לאינטרנט. רשת התקשורת של פרטנר מעמידה לרשות המשתמשים, בין היתר, שירותי תוכן כגון העמדת תכנים (כמו תוכניות טלוויזיה, שירים, סרטים וכיו"ב) בפורטל הסלולרי שלה; שירות חיוג מוסיקלי המאפשר למתקשר להאזין למנגינה בעודו ממתין למענה ועוד. תכנים אלו הינם, כאמור, בחלקם תכנים מוסיקליים ישירים ובאחרים תכנים מוסיקליים משולבים, כרקע. מדובר בתכנים הדורשים היזקקות לרשומות קול, שהזכויות בהן מנוהלות בידי הפדרציה. משכך מעוניינת פרטנר, מטבע הדברים, כי התנאים שיושמו על הפדרציה כתנאי לפעילותה כהסדר כובל, יאפשרו לה ולמדיה החדשה ליהנות מרישיון גורף רחב ככל הניתן, אשר יכסה את מירב תחומי פעילותה.

27. התנאים המוצעים בידי הממונה כפי שגובשו בהסכמה עם הפדרציה מתייחסים ל
- 4 טכניקות שידור במדיה החדשה, כמפורט להלן:

א. simulcasting – שידור במדיה חדשה, הנעשה בד בבד לשידורו במדיה טכנולוגית אחרת (להלן – שידור מקביל). רישיון לשידור מקביל ניתן בדרך כלל לחברות המדיה הותיקה, המשרות במקביל לשידור בטלוויזיה או ברדיו, גם ברשת האינטרנט או באמצעות הרט"ן;

8 מתוך 28



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

- 1 ב. webcasting – שידור המועבר במדיה חדשה בלבד בטכניקת ההזרמה
2 (streaming), אשר איננה מאפשרת למשתמש הקצה שליטה על קצב
3 השידור, מועדו או תוכנו (להלן – שידור ברשת). רישיון לשידור ברשת
4 ניתן לגופים המעוניינים להפעיל מעין "תחנת טלוויזיה" או "תחנת רדיו"
5 עצמאית במדיה החדשה;
- 6 ג. streaming on demand – שידור תוכנית מסוימת או קטע מתוכנית
7 במדיה חדשה, לפי דרישת המאזין (להלן – SOD). מדובר בשידורן של
8 תוכניות ששודרו כבר במדיה החדשה או הותיקה, על דרך העמדתן לרשות
9 החפץ בכל עת במדיה החדשה;
- 10 ד. interactive webcasting – העברה של שידור אינטראקטיבי במדיה
11 חדשה (להלן – שידור אינטראקטיבי ברשת). טכניקת שידור זו מאפשרת
12 למשתמש הקצה להתערב בקצב השידור, לעצור, לדלג וכו'.
- 13 28. על פי התנאים המוצעים, תתן הפדרציה רישיונות גורפים לארבעת סוגי השידור
14 הללו, בהתאם לאמור בארבעה "הסכמי המסגרת" (reciprocal agreements), הנוגעים
15 לכל אחד מהם. כפי שהסבירו הממונה והפדרציה, הסכמי המסגרת הינם הסכמים
16 בינלאומיים אשר גובשו בארגון הגג העולמי של הפדרציות לתקליטים (IFPI), בהם
17 קשורות אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים ברשומות קול במדינות שונות בעולם,
18 אשר מאפשרים רישוי ואכיפה בין-מדינתיים של זכויות יוצרים ברשומות קול במדיה
19 חדשה במדינות הללו. הסכמי המסגרת, אשר מצורפים לתנאים המוצעים, כוללים הגדרות
20 ומגבלות לגבי טכניקות השידור השונות האמורות ואופן יישומן. משמעותה המעשית של
21 צירוף הסכמי המסגרת לתנאים הינה, כי חובתה של הפדרציה ליתן רישיונות גורפים
22 למדיה החדשה מוגבלת לשידורים הנעשים במגבלות הקבועות בהסכמי המסגרת.
- 23 29. נגד מגבלות אלו משיגה פרטנר ודורשת לעדכן את התנאים, באופן שירחיב את
24 היקף הרישיונות מהם תוכל להנות המדיה החדשה ולהשוותם לרישיונות מהם נהנית
25 המדיה הותיקה. דרישותיה הקונקרטיות של פרטנר בהקשר זה לקביעת תנאים להיתר
26 השתנו לאורך ההליך, שהרי נוסח התנאים המוצעים השתנה אף הוא, לאור ההסכמות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 אליהן הגיעו הממונה והפדרציה, לשלביהן. בסופו של דבר, במסמך מיום 8.11.10,
2 הנושא את הכותרת "השלמה בכתב לסיכומים בעל פה מטעם המתנגדת", נקבה פרטנר
3 במספר עדכונים שהיא מבקשת שייעשו בתנאים המוסכמים על הפדרציה והממונה. להלן
4 אדון בהם.

5 דיון בטענות פרטנר

6 30. כאמור, הסכמי המסגרת קובעים את גודל המותר במסגרת הרישיונות השונים
7 האפשריים בארבעת סוגי השידור שבמדיה החדשה. פרטנר סבורה, כי מדובר בגדרים
8 שרירותיים ובלתי ראויים, המגבילים ללא הצדקה את יכולתה של המדיה החדשה
9 להתחרות במדיה הותיקה. בהקשר זה טוענת פרטנר, כי על פי הסכמי המסגרת לא ניתן
10 לשדר במדיה החדשה תוכניות שלא שודרו קודם לכן במדיה הותיקה, אלא במסגרת
11 רישיון לשידור ברשת ולשידור אינטראקטיבי ברשת, אשר אינם מאפשרים העמדת שירות
12 צפיה לפי דרישה (on demand) נוח ויעיל למשתמש.

13 לטענת פרטנר יש לקבוע, כי מגבלות שייקבעו ברישיונות השונים לפי ארבעת הסוגים
14 דלעיל תהיינה אך ורק מגבלות המונעות מהשירות במדיה החדשה לעלות כדי מכירה של
15 הקלטות של חברות התקליטים. בהקשר זה באה פרטנר במיוחד בטרוניה ביחס למגבלה
16 הקיימת על רישיון SOD. כפי שמציינת פרטנר, מכוח האמור בהסכמי המסגרת מוגבל
17 רישיון SOD לתוכניות ששודרו בעבר ברדיו ובטלוויזיה, ואיננו מכסה הפקות מקור של
18 המדיה החדשה. פרטנר סבורה כי למגבלה זו – כמו גם למגבלות נוספות העולות
19 מהסכמי המסגרת – אין הצדקה עניינית, ואין להתירם, בהיותם אפליה לא ראויה בין
20 המדיה החדשה מדיה הותיקה.

21 בהקשר זה מרחיבה פרטנר באשר לחלופות השונות ההקיימות ברישיונות לארבעת
22 טכניקות השידור, וטוענת כי אין בהם משום תחליף הולם לאפשרות העומדת למדיה
23 הותיקה, לשידור תוכניות לפי דרישה.

24 כך, מטעימה פרטנר, ניתן לכאורה לטעון כי בפועל יכולות חברות המדיה החדשה
25 להעמיד לרשות המשתמשים תוכניות שהופקו בידיהן לרשות הצופים "לפי דרישה" (on



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

- 1 demand) באמצעות הרישיון הניתן ל"שידור אינטראקטיבי ברשת". לפי רישיון זה
- 2 רשאית חברת המדיה החדשה לשדר את הפקת המקור באורח אינטראקטיבי, המאפשר
- 3 למשתמש לעצור את התוכנית ולדלג בה קדימה ולאחור, בדומה לאופן בו יכול הוא
- 4 לעשות זאת בשירות "לפי דרישה", ולהגיע אל פרק מסויים בסדרה בו מעוניין הוא
- 5 לצפות. אלא שלטענת פרטנר מדובר בשירות נחות ביותר לעומת השירות שביכולתם של
- 6 משדרי המדיה הותיקה ליתן למשתמשים, משום שאף שהמשתמש בשידור אינטראקטיבי
- 7 ברשת יכול לעצור את השידור או לדלג קדימה, קיימות מספר מגבלות על השמוש ובסופו
- 8 של דבר המשתמש כבול במסגרתו של השידור המוצג באותה עת, ואיננו יכול לבחור
- 9 בתוכן הספציפי בו חפץ, אם זה אינו משודר במועד המדובר, והשימוש מסורבל מזה
- 10 הניתן ללקוח בשירות לפי דרישה במדיה הותיקה.
- 11 כמו כן, מסבירה פרטנר כי ההיתר הקבוע בהסכמי המסגרת לשידור תוכנית ארכיב
- 12 במסגרת ערוץ ל"שידור אינטראקטיבי ברשת" איננו מאפשר למדיה החדשה תחרות
- 13 בתנאים שווים מול שירות לפי דרישה במדיה הותיקה, בשל מגבלות הקבועות בהסכמי
- 14 המסגרת על פיהן קטע ארכיון שישודר על פי הרישיון לא ייפחת מ- 5 שעות, וניתן יהיה
- 15 לצפות בו רק למשך שבועיים מן המועד בו שודר לראשונה בערוץ האינטרנטי ועוד.
- 16 מוסיפה פרטנר וטוענת, כי ההיתר שמעניק הרישיון ל"שידור ברשת" להציב באתר
- 17 האינטרנט קישור ל"ערוץ לולאה", שישדר ברצף פרקים של הפקת מקור של חברת
- 18 המדיה החדשה, גם הוא איננו נותן פתרון מעשי מספק לצורכיה של חברת המדיה
- 19 החדשה, הזקוקה לרישיון שיאפשר לה ליתן שירות לפי דרישה, לצפיה בתוכניות שחברת
- 20 המדיה החדשה תפיק בעצמה, וזאת לנוכח המגבלות הקבועות בו על פי הסכמי המסגרת.
- 21 כך, קיימת מגבלה כי רצף השידורים שיכללו ב"ערוץ הלולאה" יימשך שלוש שעות
- 22 לפחות, דבר הפוגע בחווית הצפיה של המשתמש במדיה חדשה, לעומת חווית הצפיה של
- 23 מי שנהנה משירות VOD במדיה הוותיקה.
- 24 לטענת פרטנר, כאמור, מדובר במגבלות שאין להן הצדקה עניינית ואין הן אלא אפליה
- 25 מונופוליסטית פסולה, אשר הכללתן בתנאים לאישור הסדר כובל אינה אלא הכשרת
- 26 השרץ.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

31. הפדרציה מצידה טוענת, כי המגבלות על תנאי הרישיונות אינן מגבלות שרירותיות. אין מדובר באפליה כלל ועיקר, אלא בהגבלת הרישיונות כך שלא יחרגו מתחום תכליתם המקורי - השמעה פומבית, ויגלשו לתחום של שיווק פרטי של הקלטות, על חשבון מכירות התקליטים, מכירות פרטניות של שירים וכיו"ב שימושים שאינם ציבוריים ברשומות הקול. בהקשר זה מפנה הפדרציה להוראת סעיף 114(d)(2) C 3 ל- Copyrightt Law of the United States of America, הקובעות קו גבול בין העברת רשומת קול המוגנת כקניין רוחני, לבין זו שאינה מוגנת, וזאת בין היתר על פי פרמטרים הנוכחים בהסכמי המסגרת, כגון – האם מדובר בתוכנית ארכיב העולה על 5 שעות; האם מדובר בתוכנית מתמשכת קצרה מ- 3 שעות. מוסיפה הפדרציה וטוענת כי לאור הוראות הדין בארה"ב ותוכנם של הסכמי המסגרת, אם ייכפה בית הדין על חברות הפדרציה הזרות מתן רישיונות בהיקף החורג מן האמור בהסכמי המסגרת, יפרשו חברות התקליטים הזרות מן הפדרציה, וימצא שכרנו בהפסדנו. אמנם הפדרציה איננה חוזה במצב כזה פרישה של כל חברות הפדרציה המקומיות מן הפדרציה, אך היא גורסת כי אין הצדקה להפלות בין החברות הישראליות לאלו הזרות ולכפות רק על המקומיות מתן רישיונות כאמור, דבר שיסרב ויסבך את ההתנהלות בענין הזכויות ברשומות הקול.
32. הרשות מצידה סבורה כי אף שטוב יהיה אם תעניק הפדרציה רישיונות רחבים יותר למדיה החדשה, אין מקום לכפות זאת עליה בשלב זה, הן לאור טענת הפדרציה בדבר הפרישה הצפויה ממנה, אם כך יהיה, והן בשל העדר הצדקה לאפליית החברות הישראליות לרעה, לאור החשש מפרישת החברות הזרות וקשיים אנטי תחרותיים שיווצרו במצב כזה.
33. מקובלת עליי עמדת הפדרציה כי לענין הרישיונות הגורפים הניתנים בידי הפדרציה, אין דין מדיה חדשה כדין מדיה ותיקה. השמעת שירים במדיה חדשה, על מיגוון טכניקות השידור שבה והערוצים האינסופיים הפתוחים בפני החפץ לשדר במדיה זו, מעוררת חשש לגיטימי מצד חברות התקליטים, כי הרישיון שמעניקים הם לצרכי השמעה פומבית, ינוצל בידי השומעים כחלופה מלאה ומושלמת לשימוש פרטי בזכויות ולמכירה פרטנית של תקליטים וקבצי שירים. כך, כפי שהסבירה הפדרציה, ניתן להקים במדיה החדשה ערוץ רדיו אינטרנטי, אשר ישמיע באופן רצוף תקליט מסויים, מכוח



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 רישיון גורף להשמעה פומבית שיירכש מהפדרציה. על ידי הוספת פונקציית "דלג"
2 לערוץ זה, תהווה כניסה לאתר אינטרנט תחליף מלא או כמעט מלא לרכישת תקליט
3 לשמיעה פרטית. יצויין, כי שלא כטענת פרטנר, אין מדובר בטיעון שהודש בידי הפדרציה
4 בשלב הסיכומים בתיק זה, והוא מופיע – גם אם כטענה כללית, וללא פירוט שהוסף
5 בהמשך – עוד במסמך נימוקי הבקשה לאישור כובל מיום 25.3.10 (סעיף 33 לתצהיר
6 שם; כן ראו דברי מנכ"ל הפדרציה מר כפיר בע' 6, ש' 7, לפרו' מיום 13.10.10 וכן שם,
7 בע' 16, ש' 23). אמנם ניתן להבין מדברי מר כפיר בהקירתו הנגדית כי בסעיף 33
8 לתצהירו לא התיימר לתת הסבר עצמאי לכל פרט ופרט בתנאים המופיעים בהסכמי
9 המסגרת, והוא אכן אישר כי עמדת הפדרציה בהליך זה נובעת, בין היתר, מעמדותיהן של
10 חברות התקליטים הזרות, המסרבות בתוקף ליתן רישיונות גורפים, אלא במגבלות
11 הקבועות בהסכמי המסגרת. אולם בבסיס הדברים – גם אם לא בכל פרט מפרטיהם –
12 מצויה הטענה המקובלת עלי, כי מתן רישיון גורף למדיה החדשה הוא צעד המצריך
13 זהירות מצד בעלי זכויות היוצרים ברשומות הקול, לנוכח האפשרות לשימוש לרעה
14 ברישיון זה, לצרכי שיוק פרטני תחת מטריית הרישיון הגורף להשמעה ציבורית של
15 רשומות קול.

16 34. יודגש, כי הצורך וההצדקה לקיומה של הפדרציה אינה כמענה לתחום של שיווק
17 זכויות שימוש ברשומות קול על בסיס פרטני. שיווקן ורישיוןן של זכויות אלו נעשה
18 במסגרת פרטית, בידי כל חברת תקליטים בנפרד, תוך תחרות בין החברות השונות. אין
19 כל הצדקה להתיר בעבורו שיווק משותף. נהפוך הוא. אילו נעשה שיווק משותף של
20 תקליטים לשימוש פרטי בידי חברות תקליטים, מדובר היה בשיתוף פעולה אסור בין
21 מתחרים, אשר הכלל הוא שיש למונעו.

22 35. ההשקה הקיימת בין השמעה פומבית לבין מכירה פרטית של רשומות קול
23 באמצעות המדיה החדשה, מקימה איפוא, לטעמי, חשש לגיטימי אצל חברות התקליטים
24 מפני זליגת ההיתר שניתן להשמעה פומבית לתחומי השימוש הפרטי, ואין לפסול את
25 מגמתה של הפדרציה לקבוע ברישיונות הוראות אשר נועדו למנוע מצב זה.

26 36. למעשה, מטיעונה של פרטנר עולה, כי היא עצמה איננה כופרת בזכותה של
27 הפדרציה שלא ליתן רישיונות גורפים להשמעה פומבית, העולים בפועל כדי רישיון



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

- 1 לשיווק הקלטות פרטנית, אלא שלטענתה (בסעיף 63.3. לסכומיה), מטרה זו תושג על
- 2 ידי הגבלה כללית של הרישיונות מפני עיסוק אשר עשוי לעלות כדי מכירה פרטנית.
37. אינני סבורה כי ראוי לחייב את הפדרציה להפיג חששותיה אלו על דרך הכללת
- תנאי ובו אמירה אמורפית, כמוצע בידי פרטנר, על פיה מגבלות שיוטלו ברישיונות
- למדיה החדשה יהיו אך ורק מגבלות שמונעות מן השימוש במדיה החדשה "לעלות כדי
- מכירה גרידא של הקלטות של חברות התקליטים". חברות התקליטים מעוניינות לצקת
- תוכן קונקרטי למגבלה הלגיטימית שהן מבקשות להטיל על המדיה החדשה, למניעת
- זליגה לתחום המכירות הפרטיות. תוכן קונקרטי כזה ייגן על אינטרסים לגיטימיים של
- חברי הפדרציה המיוצגים. קביעת איסור כללי ואמורפי על שימוש העולה כדי מכירה
- פרטנית הינו, על פני הדברים, פעולה שהאפקטיביות שלה נמוכה בהרבה מהוראות
- פרטניות המגדירות מה הן אותן פעולות אסורות, כדי למנוע מעבר מתחום ההשמעות
- הפומביות לתחום השיווק הפרטי. קביעת קו גבול ברור עדיפה, בהיותה מכוונת התנהגות
- ומקטינה מחלוקות; היא מעניקה לפדרציה יכולת אכיפה של ממש, אשר ללא הוראות
- ברורות עשויה להיות מסורבלת ביותר; טמונים בה יתרונות גם לבעלי הרישיונות, אשר
- ידעו לכוון את צעדיהם ולצפות לתגובה להם מראש, ולא יהיו בחוסר ודאות באשר
- להתנהלותם.
38. אשר לגוף המגבלות שברישיונות - המגבלות עליהן מלין ב"כ פרטנר ככאלה
- הפוגעות באופן מעשי בפעילות אפשרית של פרטנר וחורגות מגדרי הצורך הלגיטימי
- במניעת זליגה לתחום השיווק הפרטי, נראות כשייכות ונוגעות לחשש הלגיטימי של
- חברות התקליטים ושל הפדרציה מפגיעה במכירות הפרטיות. לכן אינני סבורה כי מדובר
- באפליה פסולה מצד בעל מונופולין.
39. כעולה מטיעוני פרטנר כאמור, הענין המרכזי המטריד מבחינתה באופן מעשי הוא
- העדר האפשרות לקבל רישיון, אשר יאפשר לה מתן שירות של צפיה לפי דרישה בתוכן
- מקורי, שטרם שודר במדיה הותיקה, באותו אופן בו ניתן שירות צפיה לפי דרישה בתכנים
- שמקורם במדיה הותיקה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

40. לטעמי, ההצדק המוצג בידי הפדרציה למגבלה זו קביל וראוי, ואיננו מעיד על אפליה פסולה בידי מונופולין. רישיון שיאפשר באופן גורף שידור מקורי במדיה החדשה במתכונת בה מתבצע שידור "לפי דרישה", על כל הכרוך בכך, יאפשר באורח ישיר העמדה של תקליטים או שירים בודדים לשימוש פרטי שוטף, בכל עת, לפי עניינו של המשתמש, פעילות אשר כמוה כמכירה פרטנית. כאמור, בתחום המכירה הפרטנית אין הצדקה לפעילות הפדרציה, ובוודאי שאין להייב את הפדרציה לגלוש אליו. בענין זה אין די באיסור כללי כי מכירה פרטנית בצל הרישיון הגורף אסורה היא, משום שכאשר מדובר בהפקת מקור במדיה החדשה, קל מאוד להציג מכירה פרטנית של רשומות קול כ"הפקה מקורית", על ידי שידור רשומת קול על רקע תמונות נוף וכיו"ב. שונים הם פני הדברים במדיה הותיקה, שם רישיונות השידור מוגבלים בהיקפם ומפוקחים, כך שהסיכון ל"הפקת מקור" מלאכותית, שנועדה לשמש מסווה לפעילות שהיא תהליף פסול של שיוק פרטני של רשומות קול, נמוך בהרבה מכפי שהוא במדיה החדשה. אחד מיתרונותיה החשובים של המדיה החדשה – ואולי גם הסרונה – הוא היותה פתוחה לכל דורש, ומאפשרת למעוניין בכך לשדר במספר רב של ערוצים במקביל, בהוצאה מינימלית. משכך, מתן רישיונות גורפים למדיה זו, עלול לחשוף את חברות התקליטים לפעילות אשר מכוח רישיונותיהן שלהן תהסל או תפגע אנושות באופן לא לגיטימי במכירות פרטניות של רשומות קול, פעילות אשר תהווה הלכה למעשה שיווק פרטני של רשומות קול, במסווה של השמעה פומבית.

41. בהקשר זה יוער, כי כאשר נקבעות הוראות הרישיונות, אין הפדרציה מחוייבת לשוות לנגד עיניה אך ורק מדיה חדשה מכוונת פעילות תכנים רצינית ועצמאית, הזקוקות לרישיון הגורף למטרה לגיטימית. לנוכח העובדה שהרישיונות שמעניקה הפדרציה הם רישיונות גורפים, שהיא מחוייבת להעמידם לרשות גופים שונים, לרבות גופים שפעילותם עשויה להיות מכוונת ליצור חלופה של מכירה פרטנית במסווה של שידור ציבורי, מובן רצונה של הפדרציה להגביל ולהגדיר את הרישיונות, באופן שלא יאפשר שימוש לרעה בהם. אכן, ניתן להעריך כי מגבלות אלו אינן מטיבות עם פרטנר, אם ברצונה להעמיד שירות של תכני מקור לפי דרישה. אולם אינני סבורה כי הכבדת המגבלות הללו על פעילות לגיטימית שמבוצעת במדיה החדשה, פוסלת את המגבלות, אשר הפדרציה מבקשת לקבוע ברישיונות שהיא מעניקה. אמנם יתכן שהמגבלה תקשה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 במידה כזו או אחרת על פעילות לגיטימית. אך מאידך גיסא, היא תימנע פעילות בלתי
2 לגיטימית, אשר חששה של תעשיית התקליטים ממנה ראוי להכרה, ויש ליתן לו את
3 מקומו וביטויו. ההכבדה על פעילות לגיטימית מסוימת, המצויה בשלב זה בחיתוליה
4 (אם בכלל), אינה מצדיקות לכפות על הפדרציה מתן רישיונות בהיקף אשר עלול לפגוע
5 באינטרסים לגיטימיים של חברי הפדרציה והמצטרפים. הדברים אמורים במשנה תוקף
6 בשים לב למידתה המוגבלת של ההכבדה, כפי שיובהר.

7 42. הלכה למעשה, הרישיונות המוצעים אינם שוללים שידור הפקות מקור של מדיה
8 חדשה באמצעי המדיה החדשה. כך, ניתן לשדר הפקת מקור במסגרת רישיון לשידור
9 ברשת, כפי שניתן לשדרה במדיה הותיקה. הרישיונות המוצעים גם אינם שוללים העמדת
10 תוכנית שהופקה בהפקת מקור לרשות הציבור שלא בזמן השידור המקורי, אלא בכל עת,
11 כפי שמתקיים בשירות "צפיה לפי דרישה". זאת במסגרת הרישיונות הקיימים,
12 המאפשרים הפניה באתר ל"ערוץ לולאה", שבו תשודרנה ברצף הפקות מקור, אשר ניתן
13 יהיה לרוץ בהן ולהגיע לפרק הרצוי. אין ספק כי הפניה לערוץ לולאה זה, על מגבלותיו
14 (מינימום 3 שעות, גישה לפרק על ידי חיפוש ולא על ידי הפניה ישירה וכיו"ב) איננה זהה
15 מבחינת המשתמש לשירות צפיה לפי דרישה שניתן להעניק להפקות שמקורן במדיה
16 החדשה. בנוסף, קיימת אפשרות לפניה אל חברות התקליטים לקבלת רישיון פרטני, תחת
17 הרישיון הגורף המוצע בידי הפדרציה. כפי שהעידה גב' מיה שייר, מנהלת התקשורות
18 עיסוקיות באגף השיווק והתוכן בפרטנר, חברה זו מעמידה באתר האינטרנט שלה שירים
19 להורדה פרטנית בתשלום, והזכויות לצורך כך נרכשות מחברות התקליטים עצמן, שלא
20 באמצעות הפדרציה. אגב מו"מ זה, יכולה פרטנר להידבר עם חברות אלו בנושאים
21 נוספים הנצרכים לשירות ה-SOD, בו הפצה פרטנר להפקות מקור (ע' 20, ש' 7, לפרו'
22 שם). מובן כי מדובר בפתרון פחות נוח עבור המדיה החדשה. אולם אינני מקבלת את
23 גישת פרטנר, על פיה הרישיונות הקיימים מעמידים אותה בנחיתות קשה ולמעשה
24 בתחרות בלתי אפשרית בשירות צפיה לפי דרישה הניתן בידי המדיה הותיקה. מדובר
25 בתחרות במגבלות אשר אינני מתרשמת ולא הוכח כי עוצמתן שוללת תחרות או מעמידה
26 את פרטנר בנחיתות שאין להשלים עימה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

43. שוכנעתי, איפוא, כי קיים טעם ענייני לרצונה של הפדרציה שלא ליתן למדיה
החדשה רישיונות זהים לאלו הניתנים למדיה הותיקה בהקשר הנוגע לשירות של צפיה
לפי דרישה. כן שוכנעתי, כי קיים טעם ענייני לכך שהפדרציה לא תסתפק בתנאי אמורפי
ברישיון כדי להפיג את חששותיה מפני פגיעה בזכויות חבריה.
44. אל מול טעמים ענייניים אלה עומדים צרכיה של פרטנר, וכן טען גם צרכיהן של
חברות מדיה חדשה נוספות, ברישיונות גורפים רחבים יותר בהיקפם. אלא שבשקילת
צרכים אלו יש לראות התמונה בכללותה, לרבות את האפשרות הקיימת למדיה החדשה
לשידור ב"ערוץ לולאה", או בחלופות נוספות לפי הרישיונות הגורפים שמעמידה
הפדרציה לרשות הציבור, וכן את האפשרות העומדת לפרטנר ולשכמותה, לרכישה
פרטנית של זכויות. החלופות הקיימות מקהות את עוקצה של טענת פרטנר בדבר הקשיים
החמורים שמעמידים בפניה הרישיונות במתכונת המוצעת בידי הפדרציה.
45. בהקשר זה לא ניתן אף להתעלם מכך, כי על אף מספרם הגדול של הגופים
הפעילים במדיה החדשה, הלכה למעשה לא ראה איש מהם – מלבד פרטנר – צורך
להצטרף להליך הנדון, ולהעלות בו דרישה דוגמת דרישתה של פרטנר. אכן, יתכן שגופים
נוספים סברו כי די בפנייתיה של פרטנר כדי להשמיע את קולם. אולם, ניסיון החיים מלמד
כי כאשר מדובר בעניין שגוף עסקי רואה בו חשיבות, אין הוא מסתפק בהסתמכות על
פניית חברו בעניין, והוא מבקש להיות צד במישרין. אין לשמוע מכאן כי הבקשה
להצטרפות תתקבל, אך כאשר מדובר בעניין שגוף עסקי רואה בו חשיבות, הדעת נותנת
כי הבקשה תוגש. העדר פניות נוספות מהווה אינדיקציה לכך שהקושי שמעוררת פרטנר,
כנראה, איננו נחלת רבים ואיננו מפריע במידה של ממש לפעילות מסחרית בהיקף
משמעותי. אף לענין זה משקל, כאשר באים אנו לאזן בין רצונם של חברי הפדרציה
והמצטרפים למנוע שימוש לרעה בזכויותיהם למכירות פרטיות של רשומות קול, לבין
רצונה של פרטנר לפתח פעילות עסקית של מתן שירות צפיה לפי דרישה בהפקות מקור
(ראו: ה"ע 455 אי.סי.אי. מערכות כבלים בישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים
עסקיים (פורסם במאגרים, 10.1.94), בסעיף ט' לפסק הדין).



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

46. מסקנתי היא, איפוא, כי בנסיבות הענין המאזן הכולל מאפשר את פעילות הפדרציה על פי רישיונות למדיה החדשה שאינם זהים לאלו שניתנים למדיה הוותיקה, ואין הצדקה לכפות על הפדרציה במסגרת תנאי אישור ההסדר ליתן רישיונות זהים למדיה החדשה והוותיקה.

47. אשר לתנאיהם הקונקרטיים של הרישיונות אשר הפדרציה והממונה מציעים כי ייעשו בעקבות תנאי הסכמי המסגרת –

הדיון בבקשה דנן לא נסב על בירור פרטני, אחד לאחד, של תנאי הסכמי המסגרת. כך, לא נבדק אם יש הצדקה להגבלת ערוץ לולאה למינימום של שלוש שעות, כמוצע, או שמא די בשעתיים וכיו"ב. כפי שצינתי לעיל, ככלל עמדתי היא, כי קיימת הצדקה למתן רישיונות שונים למדיה החדשה ולמדיה הוותיקה ולמגבלות על הרישיונות למדיה החדשה למניעת שימוש לרעה בהם. הפדרציה נאותה ליתן רישיונות למדיה החדשה במגבלות אשר כאמור רואה אני אותן ככלל כמגבלות ענייניות. כך, מגבלת ערוץ הלולאה בהיקף מינימלי מסויים קשורה קשר ישיר וברור לחששן הלגיטימי של חברות התקליטים מהשמעת רשומות ברשת, באופן שיאפשר גישה חופשית לשירים לפי דרישה, באופן הזהה למכירה פרטנית של רשומות קול; הוא הדין במגבלה על שידור SOD המוגבל לתוכניות ששודרו בעבר במדיה הוותיקה; כך גם ביחס למגבלות על העמדת תוכניות ארכיב ברשת לרשות הציבור. לכל אלו קשר ענייני ישיר להתגוננות תעשיית התקליטים מפני ניצול לרעה של רישיון גורף לצרכי שיווק פרטני.

פרטנר מזכירה בטיעוניה מגבלות נוספת הכלולים ברישיונות, כגון הטענה כי רישיון שידור ברשת מחייב שימוש ב"דפדפן רשת רב שימושי", ולא נגן מדיה אחר, וטוענת להעדר הסבר בדבר הצורך בהן. מאידך, פרטנר לא מסבירה כיצד והאם מגבלה זו משפיעה על התחרות ועל טובת הציבור. בהעדר טיעון בדבר פגיעה בטובת הציבור או בתחרות כתוצאה מכך, סבורה אני כי יש לאמץ את הסכמת הממונה והפדרציה בעניין, ואין לכפות על הפדרציה תנאי שונה בענין זה. זאת לאחר שבנושאים שביחס אליהם הסבירה פרטנר את הפגיעה האפשרית, מצאתי כי מדובר במגבלות בגין אינטרסים לגיטימיים של חברות התקליטים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

48. בהקשר זה יודגש כי תחום השידור במדיה החדשה – ובוודאי שידור של הפקות מקור במדיה החדשה – מצוי בשלבי התהוות ראשוניים. מדובר בתחום שהוא במידה רבה ארץ לא זרועה, אשר מעט מאוד ניתן ללמוד מניסיון העבר שבו, בשל העדרו של ניסיון כזה. לנוכח חדשנות וראשוניות התחום, אשר עימם חששותיה הלגיטימיים של תעשיית התקליטים מהשלכותיו על עתידה, דומני כי זכאית הפרציה לכך שההתקדמות בהיקף הרישיונות למדיה זו תיעשה במשורה, ואין לשלול את הזיקה שמבקשת הפרציה ליצור בענין לסטנדרטים בינלאומיים בתחום. לסטנדרטים אלה השיבות מיוחדת בעולם האינטרנט, אשר הוא במידה רבה עולם ללא גבולות, ולכן להיבטיו הבינלאומיים יש השיבות רבה. בהקשר זה יש גם השיבות לנתון המוסכם על הממונה, כי קיים חשש המור כי אם לא יוגבלו הרישיונות לתנאים שבהסכמי המסגרת המבטאים סטנדרט בינלאומי, תפרושנה חברות התקליטים זרות מן הפרציה. זהו בוודאי לא מצב רצוי, ואם כך ייעשה תיגרע טובת הציבור. בוודאי שאין להצדיק תוצאה כזו כאשר התנאים שבהסכמי המסגרת, אשר פרטנר טענה כי מכבידים על פיתוח עסקיה ופיתוח תחרות, נראים כתנאים שיש להם הצדקה עניינית. בנוסף על כך, אינני רואה כל הצדקה לכפות על חברות התקליטים הישראליות, אשר נראה כי מצידן לא עלה איום הפרישה מן הפרציה בהעדר חלופה מעשית עבורן, סטנדרטים שונים מאלו החלים על החברות הזרות. הדברים אמורים במשנה תוקף כאשר מדובר בסטנדרטים הנראים ענייניים ותואמים אינטרסים לגיטימיים של תעשיית התקליטים.
49. תוצאת הדברים הינה שהתנאים עליהם הסכימו הממונה והפרציה, על פיהם הרישיונות שעל הפרציה ליתן למדיה החדשה יהיו בהתאם לאמור בהסכמי המסגרת, מקובלים עלי. כמו כן, אינני רואה להמיר את התנאים שהוצגו שם בתנאי כללי, על פיו רישיונות למדיה החדשה מוגבלים לפעילות שאינה עולה כדי מכירה פרטנית.
50. בנוסף לטרוניית הכללית של פרטנר כנגד האבחנה שבתנאי הרישיונות למדיה החדשה לבין אלו הניתנים למדיה הותיקה, טוענת פרטנר כי המגבלה שבסיפת סעיף 4.4 לתנאים עושה את המדיה החדשה בת ערובה של המדיה הותיקה בשידוריה.
- סעיף זה, הקובע את סוגי הרישיונות (הגורפים) שעל הפרציה לתת, מגדיר את המושג "משדר" כך שמדובר במי שהוא בעל רישיון גורף לשידור בטלוויזיה או ברדיו. במילים



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 אחרות: המדיה הותיקה. הסעיף מחייב מתן רישיונות לכל "משתמש", גם אם אינו
2 "משרד", אולם נאמר כי כאשר ניתן רישיון למשתמש שאינו משרד – כלומר, לחברות
3 המדיה החדשה: "הפדרציה רשאית להתנות את מתן הרישיון... בהתחייבות המשרד כי
4 במקרה שהפדרציה תודיע לו על אי מילוי תנאי הרישיון על ידי המשתמש, ינקוט המשרד
5 בכל סעד סביר כדי לגרום לכך שהמשתמש יחדל לאלתר מהעמדת התוכניות שלא בהתאם
6 לתנאי הרישיון".

7 51. נוסחה של סיפת סעיף 4.4 עלול להביא למסקנה כי ההיתר שניתן לפדרציה
8 להתנות מתן רישיון למשתמש שאינו משרד בהמצאת התחייבות המשרד, חל על כל סוגי
9 הרישיונות שהמדיה החדשה עשויה לרכוש מהפדרציה. בדיון הוברר כי לא לכך הכוונה,
10 אלא מדובר בתנאי שעניינו רישיון מסוג SOD בלבד. ענין זה דורש הבהרה בנוסח
11 התנאים, כפי שיובא בהמשך.

12 52. לגופם של דברים טענה פרטנר, כי תנאי זה עושה את חברות המדיה החדשה בנות
13 ערובה של הגופים המשרדים בטלויזיה וברדיו, שכן התחייבותם של אלו היא תנאי למתן
14 רישיון לחברות המדיה החדשה, ואין זה הוגן להתנות את זכויותיה של המדיה החדשה
15 במדיה הותיקה, בה מעוניינת היא להתחרות.

16 53. הפדרציה סבורה, כי טענת פרטנר מתעלמת מן המכלול בתוכו מצוייה הוראת
17 סיפת סעיף 4.4. לתנאים: הרקע לתנאי זה הוא בכך שככלל, רישיון SOD הוא רישיון
18 נילוה לרישיון השידור הגורף הניתן למדיה הותיקה לצורך שידורה של תוכנית בערוץ
19 שידור באופן מסורתי. כנלוה לרישיון שידור זה, וכדי לאפשר נדידת תכנים, ניתן רישיון
20 לשידור חוזר של תוכניות גם במדיה החדשה. עמדת המוצא של הפדרציה היתה שרישיון
21 זה יותנה בכך שהשידור ה - VOD או ליתר דיוק, ה - SOD, הנלוה לשידור העיקרי
22 שנעשה במדיה הותיקה, ייעשה משרתי המחשבים של מפיק השידור, כדי להבטיח את
23 אחריות המשרד לאופן השימוש בו במדיה החדשה. ב"כ הפדרציה הסביר, כי לבקשת
24 פרטנר, הסכימה הפדרציה לאפשר לחברות המדיה החדשה לשדר את אותן תוכניות
25 ששודרו במדיה הותיקה שלא באמצעות שרתי המדיה הותיקה, אך זאת תוך מניעת
26 התנערותה של זו מאחריותה להפרת רישיון מצד מי שרכש ממנה את הזכות לשדר את
27 התוכנית במדיה החדשה. לטענתו, אין מדובר בתנאי פסול כלל ועיקר, אלא בתנאי שהוא

20 מתוך 28



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 פרי נכונותה של הפדרציה ללכת לקראת המדיה החדשה, ולאפשר לה שימוש חופשי
2 בשרתים לביצוע שידוריה.

3 54. טענת פרטנר האמורה היא טענה מורכבת.

4 **מחד גיסא**, הצגת סיפת סעיף 4.4 ככזו היוצרת יש מאין תלות של המדיה החדשה במדיה
5 הותיקה בענין SOD איננה מדויקת. הלכה למעשה לאור תנאי הרישיונות, כפי שהוסבר
6 לעיל, המדיה החדשה יכולה לעשות שימוש ברישיון SOD בעיקר לאחר שהגיעה להסכמה
7 עם המדיה הותיקה, אשר מאפשרת לה שידור התוכנית ששודרה במדיה הותיקה, לפי
8 רישיון שידור גורף. כלומר, כדי להגיע למצב בו רישיון SOD נדרש באופן מעשי, יש
9 צורך בשיתוף פעולה קודם עם המדיה הותיקה וקבלת היתר ממנה לביצוע השידור.
10 משכך, ממילא מוקחה עוקצה של הטענה בדבר הקושי שמעוררת סיפת סעיף 4.4 והטענה
11 כי הוראה זו עושה את המדיה החדשה "בת ערובה" של המדיה הותיקה לצורך שידור
12 SOD. הרי שיתוף פעולה זה נדרש דרך כלל לעצם קבלת הזכויות לשדר, גם ללא דרישת
13 ההתחייבות המוזכרת בסעיף 4.4 לתנאים. לכן, התלות במדיה הותיקה איננה נוצרת
14 מסיפת סעיף 4.4 אלא מהסיטואציה בה מדובר, בה מדיה חדשה חפצה לשדר אצלה
15 תוכנית ששודרה במדיה הותיקה, וממילא גיבוש הסכמה הינו תנאי ליצירת המצב בו
16 סעיף 4.4 נעשה אקטואלי.

17 **מאידך גיסא**, עדיין מדובר בתנאי שהברת מדיה ותיקה כזו או אחרת עשויה לסרב לקבל
18 על עצמה, או להתנותו כלפי חברת המדיה החדשה בתנאים בלתי ראויים. זאת כאשר לא
19 הובהרה חיוניותו של רכיב זה כתנאי למתן הרישיון הנדרש למדיה החדשה. כמו כן, חברת
20 מדיה חדשה עשויה להתקשר במישרין עם מפיק שאיננו חברת מדיה ותיקה ביחס
21 לתוכנית ששודרה במדיה הותיקה, ואשר המפיק רשאי לשווקה לצדדים נוספים, ואזי
22 הפניה אל המדיה הותיקה לקבלת התחייבות מהווה מכשול בלתי מוצדק בדרכה של
23 המדיה החדשה לשידור אותה תוכנית במתכונת של SOD. משכך, וכדי למנוע מצב בו
24 סירוב בלתי לגיטימי למתן התחייבות מונע מן המדיה החדשה קבלת ההתחייבות וממילא
25 מונע את קבלת הרישיון, תוסף לנוסח הדברים שבסיפת סעיף 4.4 הבהרה לאחר המילים
26 "שלא בהתאם לתנאי הרישיון", שעל פיה:



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 "התנאי האמור לא יחול על משדר שאינו משתמש אשר טעמים סבירים מנעו ממנו מלקבל
2 התחייבות כאמור ממשדר".

3 עוד ובהמשך לאמור לעיל, תוסף הבהרה לסעיף כי:

4 "התחייבות משדר כאמור נדרשת לצורך רישיון SOD בלבד".

5

6 מועד תחילת חובת רישוי לשירותי שמע (אודיו), לאינטרנט ולרט"ן

7 55. התנאים המוצעים מרחיבים, כאמור, את היקף הרשיונות הניתנים בידי הפדרציה,
8 בין היתר באשר למתן רישוי לשימושי שמע במדיה החדשה. לפי טיוטת התנאים, רשיונות
9 אלו יינתנו החל מיום 1.9.11, וזאת כדברי הממונה לצורכי התארגנות של הפדרציה
10 לקבלת זכויות אלו מחברי הפדרציה והמיוצגים על ידה.

11 56. לטענת פרטנר אין הצדקה לדחייה זו ויש להורות לפדרציה להעניק רשיונות אלו
12 תוך פרק זמן קצר יותר.

13 57. אינני רואה לנכון לחרוג מן התקופה שהוסכמה בין הפדרציה לבין הממונה באשר
14 למועד תחילת מתן הרשיונות. סיכום זה הושג לאחר שהממונה התרשמה מהמעקב אחר
15 מאמצי הפדרציה להשיג את זכויות המדיה החדשה המנוהלות על ידה כיום, "כי מדובר
16 באופרציה הדורשת את עיתותיה" (סע' 81 לעמדת הממונה מיום 6.5.10). עולה מתגובת
17 הממונה, כי אילו נקצבה תקופה קצרה יותר, תוצאת הדברים היתה שהיה צורך בפניה
18 לבקשת ארכה מבית הדין, משום שלא ניתן היה לעמוד במשימה בפרק זמן אחר. בנסיבות
19 אלו לא אשנה מן המוצע בתנאים המוסכמים על הפדרציה והממונה. עם זאת, הפדרציה
20 תיתן אל ליבה כי נקצבה לה תקופה ממושכת, על מנת שלא תפנה בבקשות ארכה, ולכן
21 עליה לעמוד במועד שנקבע בתנאים בהסכמתה.

22



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1

החרגת רפרטואר

58. התנאים המוצעים מאפשרים לחברי הפדרציה והמיוצגים ההפצים בכך להחריג
רשומות קול שברפרטואר שלו מניהולה של הפדרציה. אלא שהחרגה זו איננה יכולה
להעשות לפי שיקול דעתו החופשי של המחריג, אלא רק על פי "חבילות" החרגה, כקבוע
בתנאים, תוך שמירת סלי שימוש אשר יאושרו מכוח הרישיונות כמכלול.

59. טוענת פרטנר, כי קיים חשש כי זכות זו תנוצל לשם החרגת רשומות קול מרישוי
לצרכי המדיה החדשה, תוך הותרתן למדיה הותיקה בלבד. אמנם בעדותו בפניי אמר
מנכ"ל הפדרציה, מר יצחק כפיר, כי עד כה רק 1% מרפרטואר הפדרציה הוחרג מן המדיה
החדשה ונותר רק למדיה הותיקה, וזאת ב- 95% מן המקרים בשל העדר זכויות לשידור
באינטרנט לחברת התקליטים בעצמה (ע' 6, ש' 28, לפרו' מיום 13.10.10). אלא שפרטנר
חוששת כי התנאים העדכניים יגרמו לשינוי לרעה בהקשר זה. משכך דורשת היא, כי לא
ניתן יהיה להחריג רפרטואר מן השימוש במדיה חדשה, אלא בשל העדר זכויות כאמור
אצל חברת התקליטים.

60. אינני מקבלת טענה זו. חששה של פרטנר מפני שינוי התנהלות לרעה איננו מעוגן
בעובדות או בטיעונים משכנעים. לא הוכח כי נעשה שימוש בזכות ההחרגה כדי להדיר
את רגלי המדיה החדשה. לנוכח התנאים שבהסכמי המסגרת, אינני רואה על מה ידירו
עצמן חברות התקליטים ממתן רישיונות למדיה החדשה. וכי טוב להן שהפעילות במדיה
החדשה תעשה ללא היתר וללא תמלוגים, כל זאת על רקע אפשרויות האכיפה מוגבלות
על שימושים לא מורשים באופן כללי וברשת האינטרנט בפרט? מתן הזכות לפרישה
באופן בו הוגדרה בתנאים המוצעים איננה נראית לי על פניה ככזו המקימה חשש ממשי
לפגיעה בתחרות. לא הוכח כי חשש זה מתממש עד כה, ולכן אינני רואה לשנות מהתנאים
בענין זה כפי שהוצעו בידי הממונה והפדרציה.

23

חברות בפדרציה

61. התנאים, כפי שהורה עליהם בית הדין בפסק דין הפדרציה הקודם, כללו הוראות
בדבר זכותו של כל יצרן ומפיץ להיות חבר בפדרציה, ולקבל יחס שוויוני מן הפדרציה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 לדברי הרשות, בתקופה שהלפה מאז נשמעו טענות אודות קשיים שמערימה הפדרציה
2 בדרכם של מי שמבקשים להצטרף אליה, לרבות החלטות שמשמעותן עיכוב העברת
3 תשלומים למצטרפים חדשים, באופן המקשה על אלו. לנוכח זאת עודכן נוסח סעיף 3
4 לתנאים שעניינו בחברות בפדרציה, והוספו לו הוראות אשר עניינן פירוט איסור האפליה,
5 שהוחל גם בתנאים הקודמים, כאיסור על אפליה בין חדשים לותיקים ובין בעלי רפרטואר
6 גדול לבעלי רפרטואר קטן. עוד כוללים התנאים הוראה בדבר המועדים שהחל מהם זכאי
7 מצטרף לקבלת חלקו בדמי הרישיון.

8 כן הוגבלה זכותה של הפדרציה לגבות דמי הצטרפות מחברים חדשים לסך שאיננו עולה
9 על \$2,000, אלא יינתן לכך אישור הממונה מראש ובכתב.

10 62. הפדרציה טענה כי קיימת עלות קבועה בגין כל חבר או מצטרף לפדרציה, שאיננה
11 תלויה בשיעור ההכנסות המתווספות, ולפיכך אין למנוע ממנה מלגבות דמי חבר שנתיים
12 קבועים. לטענת הפדרציה, מדובר בסכום העולה על כ- 8,500 ₪, לנוכח ההוצאות להן
13 נדרשת היא בשנים האחרונות, לשם קביעת מפתח התמלוגים לשידורי רדיו על פי רשימות
14 השמעה. הפדרציה הסבירה, כי עד לשנת 2005 נקבע מפתח התמלוגים לשידורי רדיו על
15 פי דגימה. ההוצאות לשם כך לא היו גבוהות יחסית. החל משנת 2006, לנוכח צרכי
16 ודרישות חברות מצטרפות שחלקן בשוק קטן יחסית, כנטען, אשר בשל קוטנן חששו כי
17 הסתפקות בדגימה לקביעת מפתח חלוקה תפגע בהן, עברה הפדרציה לקביעת מפתח על
18 פי רשימות השמעה, מהלך שגרם לגידול בהוצאות בהיקף של כ- 250,000 ₪.

19 63. הרשות מצידה טענה, כי אף שהחלפת מפתח החלוקה הגדילה את חלקן היחסי של
20 חברות קטנות בהיקפים ששיעורם, ביחס להכנסותיהם של חברות אלו קודם לכן, מגיע
21 לעשרות ואפילו מאות אחוזים, מדובר בסכומי כסף קטנים, שאינם מצדיקים את ההוצאה
22 שהפדרציה מבקשת להשית על אותן חברות בגין כך. מאידך, מדברי ד"ר פריזט, אשר
23 העיד מטעם הממונה, הובן כי מקובל עליו כי ניתן להניח מטבע הדברים, כי בתאגיד
24 דוגמת הפדרציה קיימות הוצאות קבועות, אשר ניתן להצדיק את השתתן על החברים
25 כ"דמי חבר קבועים", אלא שהפדרציה, לטעמו, לא הצביעה על שיעורן של הוצאות אלו
26 אצלה ולא ביססה את הסכום שדרשה לאפשר לה לגבות – כ- 8,500 ₪ – על נתונים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

64. לפיכך, אין למעשה מחלוקת בין הצדדים על קיומה של הצדקה עקרונית לגביית דמי חבר קבועים בפדרציה. המחלוקת הינה באשר לשיעור הראוי לכך.
- משעמדת המוצא היא כי קיימת הצדקה עקרונית לגביית דמי חבר קבועים בפדרציה, אזי אינני סבורה כי השאלה היחידה או העיקרית היא, מה בדיוק שיעור ההוצאות הקבועות אשר אינן מושפעות מהיקף הפעילות השוטפת, אשר רק אותן, לכשיוכחו, יש להתיר. הוכחת היקפן המדויק של ההוצאות הינה משימה מורכבת ביותר, ואל מול כל מסקנות שתוצגנה ניתן יהיה, מן הסתם, להציג מסקנות נגדיות. בפועל, גופים עסקיים אינם פועלים באופן שוטף על פי ניתוחי תפוקות דווקניים, מהם נגזרות הוצאות קבועות. מגבלותיהם של ניתוחי תפוקות כאלו הינה מן המפורסמות, וקשה מאוד להגיע בסיועם למסקנות מדויקות.
65. השאלה המשלימה היא, איפוא – האם דמי החבר שהפדרציה מבקשת לגבות מהווים מכשול בדרכה של התחרות, אם על דרך ניצול לרעה של כוח מונופוליסטי ושירשו של כוח זה במורד שרשרת הייצור והשיווק, אם על דרך מגבלה על התחרות בידי הסדר כובל, שאלמלא כן אין הצדקה להגביל את הפדרציה בענין זה.
- הלכה למעשה, משקיימת הסכמה כי קיימות עלויות קבועות, ואם מדובר בגביית דמי חבר קבועים בשיעור נמוך, אשר לאור היקפו לא נראה כי קיים חשש של ממש שיפגע בתחרות, אין הצדקה למגבלה על גבייתו.
- משזו עמדתי, ביקשתי לברר עם ד"ר פריזט, הכלכלן הראשי ברשות הגבלים העסקיים אשר העיד בפני כאמור תיק זה, אם יוכל להמליץ על סכום שלגביו אין להטיל מגבלת גבייה. בעקבות דברים אלה באו הממונה והפדרציה בדברים, והוסכם כי ההיתר יותנה, בין היתר, בתנאי שיאפשר בנסיבות מסוימות גביית דמי חבר שנתיים, בשיעור שלא יעלה על 5,000 ש"ח, ובלבד שהלקו היחסי של החבר בהוצאות הפדרציה באותה שנה לפי הנתח אותו הוא תופס בפעילות הפדרציה, בצירוף הסכום הנוסף שייגבה ממנו כדמי השתתפות שנתיים קבועים, לא יעלה על 5,000 ש"ח.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 תנאי זה עומד לדעתי, בפרמטרים שהצגתי לעיל. כלומר, מדובר בתשלום בשיעור לא
2 גבוה, אשר לאור היקפו הזניח כהוצאה שנתית חד פעמית לגוף עסקי, קשה לראות כיצד
3 יגרום הוא לפגיעה של ממש בתחרות. כפי שמציינת הרשות, על פי הנתונים אין בסכום
4 כזה כדי למנוע מחברי הפדרציה את החברות בפדרציה, וממילא אין הצדקה לאסור עליו.
5 לפיכך יש לאשר את התנאי שבסעיף 3.6 לתנאים המוצעים, כפי שהסכימו לו הממונה
6 והפדרציה.

7 הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (בית דין לתמלוגים) (הוראת שעה), התשס"ו - 2006

8 66. כפי שהוזכר בפסק דין הפדרציה הקודם, היבט בלתי מבוטל בכל הנוגע לפעילותה
9 של הפדרציה הינו סבירות התעריפים אותם גובה הפדרציה, לאור מעמדה המונופוליסטי.
10 ואכן, תכליתם של חלק מן התנאים בהם הותנה אישור ההסדר בפסק דין הפדרציה הקודם
11 – ובהם אף יותנה ההסדר דנן – היא להקטין את החשש מפני קביעת תעריפים בלתי
12 סבירים. בהקשר זה מבקשת הממונה להסב את שימת הלב להצעת חוק תלויה ועומדת
13 בענין שיעורם של תמלוגים – הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (בית דין לתמלוגים)
14 (הוראת שעה), התשס"ו – 2006, אשר עניינה הקמת בית דין לתמלוגים, שיהא מוסמך
15 לדון בתעריפי התמלוגים שגובים תאגידים המנהלים זכויות יוצרים ומבצעים באופן
16 קולקטיבי, להכריע במחלוקות באשר לתעריפים אלו, באשר לגביית התמלוגים, ובאשר
17 לחלוקת כספי התמלוגים. הצעת חוק זו תלויה ועומדת, ומשכך אין מדובר בשינוי
18 המחייב התייחסות בתנאים. אולם כדי למנוע מחלוקת במצב בו תקבל הצעת חוק זו
19 ויהא בכך משום שינוי נסיבות המחייב דיון מחודש בהסדר, ייקבע, כי אם תקבל
20 החקיקה כאמור, יובא ההסדר לעיון מחדש בפני בית הדין לצורך בחינת הצורך בשינויים
21 בהסדר.

22 67. אינני רואה לנכון ליתן הוראות עתה באשר להצעת חוק תלויה ועומדת מזה יותר
23 מ- 4 שנים, לאחר שהצעה קודמת לה באותו ענין הינה עוד משנת 2001 (ראו הצעת חוק
24 זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בעניני תמלוגים), התשס"א – 2001 הנזכרת בסעיף 118
25 לפסק דין הפדרציה הקודם). מדובר בביצה שטרם נולדה. משכך הם פני הדברים, אזי
26 המועד בו תבשיל ההצעה לכלל הוראת חוק מחייבת, אם בכלל, לרבות מועד תחילתה
27 ובעיקר תוכנה הקונקרטי, הינם בבחינת נעלם. תמימת דעים אני עם הממונה, כי מבחינת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

ה"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

1 האינטרסים עליהם מופקד חוק ההגבלים העסקיים, הסדרתם של הנושאים בהם דנה
2 הצעת החוק חשובה ביותר, ויפה אם תעשה שעה אחת קודם וכי על פני הדברים נראה, כי
3 הוראות חוק בעניינים הללו יהוו עילה לדיון מחודש בבקשה לאור שינוי נסיבות. אולם,
4 כאמור, לפי שעה ומוזה שנים מדובר בהצעות גרידא, אשר בהעדר נתונים לגבי התגבשותם
5 הסופית, אינני רואה להורות דבר מראש בעניינם. חוק ההגבלים העסקיים מאפשר פניה
6 לבית הדין במקרה של שינוי נסיבות, ואם יסבור צד הזכאי לכך כי המועד בו ייכנס החוק
7 לתוקף, כמו גם תכניו, מצדיקים פניה לבית הדין, יעשה כן.

8 תקופת תוקפו של ההסדר

9 68. הממונה והפדרציה עתרו לאישור תוקפו של ההסדר לתקופה בת 5 שנים. מדובר,
10 לטעמי, בתקופה ממושכת מדי, לאור הראשונות והדינמיות שבתחום השימושים במדיה
11 החדשה, אשר דורשת בחינה מחודשת של העניין תוך פרק פחות ארוך. מעמידה אני איפוא
12 את תקופת אישור ההסדר על 4 שנים.

13 69. אשר על כן הבקשה מתקבלת, כך שההסדר מאושר בתנאים כפי שצורפו להודעת
14 הממונה מיום 8.11.10 לבית הדין, בכפוף לתיקונים הנזכרים בפסק הדין לעיל. תוקפו של
15 אישור זה לתקופה של ארבע שנים מיום מתן פסק הדין.

16 70. בשולי הדברים אציין, כי בהסכמת הצדדים דנתי בבקשה זו כדן יחיד, ללא חברי
17 הרכב, לאחר שמצאתי כי נסיבותיו של העניין מצדיקות זאת.

18 ניתן היום, כ"ט שבט תשע"א, 3 בפברואר 2011, בהעדר הצדדים.

19 תמר בזק רפפורט, שופטת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

3 בפברואר 2011

**ה"כ 705-07 הפרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים
עסקיים**

1