



רשות ההגבלים העסקיים

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

1. פתח דבר

ביום 3 בינואר 2006 הונחה על שולחני בקשה למתן פטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, להסדר בין התאחדות המלונות בישראל (להלן: "ההתאחדות") לבין בתי המלון החברים בה, בדבר ניהול משא ומתן משותף מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים (להלן: "תאגידים לניהול משותף" וגם: "התאגיד") לקבלת רשיון גורף לשימוש בזכויות יוצרים או זכויות מבצעים (להלן: "ההסדר").

לאחר שבחנתי את ההסדר ואת הכבילות המצויות בו, כמו גם את השפעתם האפשרית על התחרות בשוק הרלוונטי, ולאחר שנועצתי בועדה לפטורים ולמיזוגים, שוכנעתי כי, בכפוף לקיום התנאים כמפורט בסיפא להחלטתי, הכבילות אינן 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 אלו ראוי ההסדר לפטור לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים"), בתנאים המנויים בסיפא להחלטתי, מהנימוקים שיפורטו להלן.

2. ההסדר

תאור הצדדים להסדר

הצדדים להסדר המבקשים את הפטור הם:

התאחדות המלונות בישראל - ארגון המאגד ומייצג כ-350 מלונות, המהווים כ-90% מכלל בתי המלון בישראל. מטרתו של הארגון לסייע בשיפורה המקצועי של המלונאות בישראל; לייצג את חברי ההתאחדות בפני מוסדות וארגונים בארץ ובחו"ל ובפני גופים ממשלתיים ורשויות מקומיות; לפעול לקידום, פיתוח והרחבת התיירות בישראל; להגן על האינטרסים החוקיים של החברים, בינם לבין גופים שונים; ולפעול למען זכויותיהם של המלונאים, קידום ורווחתם.

תאגידים לניהול משותף - תאגידים לניהול משותף הם תאגידים המייצגים מספר רב של בעלי זכויות יוצרים, ועוסקים במתן הרשאה קולקטיבית לשימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים. בין התאגידים הפועלים בארץ ניתן למנות את הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (הפדרציה), הפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית בע"מ (הפי"ל) ואגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (אקו"ם).

תאור ההסדר והכבילות

ההסדר בין ההתאחדות לבין חברה עוסק בשיתוף פעולה לצורך פניה לגורמים רגולטורים שונים בנוגע להסדרת פעילותם של תאגידים לניהול משותף ושימוש בתי המלון בישראל בזכויות יוצרים ומבצעים, בפניה משותפת לערכאות שיפוטיות ומעין שיפוטיות בעניין השימוש בזכויות היוצרים, וכן בניהול משא ומתן משותף מול תאגידים אלו בנוגע לקבלת רשיון להשמעה פומבית של מוסיקה. מטרת המשא והמתן - להגיע להסכמה עם התאגידים לניהול משותף, בדבר הקריטריונים שישמשו לצורך חישוב דמי רשיון השימוש המשתלמים להם, אופן החישוב, גובה ותנאי התשלום של דמי השימוש. בסיום המשא והמתן תמליץ ההתאחדות לחברה לרכוש רשיון מאת התאגיד לניהול משותף, בהתאם לתנאים שייקבעו במשא ומתן האמור.

ההסדר, ככל שהוא נוגע לניהול משא ומתן משותף מול תאגידים לניהול משותף, זכה לאישור קודמי ביום 16 באוקטובר 2002¹ (להלן: "**החלטת הפטור**") ובעקבות החלטת הפטור, במסגרת המשא ומתן שניהלה ההתאחדות מול תאגידים לניהול משותף, נחתמו הסכמים בקשר לגביית תמלוגים מהמלונות חברי ההתאחדות אל מול הפדרציה ואקו"ם. תנאי הרשיון, כפי שנקבעו ויקבעו בעתיד במסגרת המשא ומתן המשותף בין ההתאחדות לבין התאגיד, מהווים המלצה בלבד כלפי חברי ההתאחדות ואינם מחייבים את החברים לקבלם.

בהחלטת הפטור סקר קודמי את ההשפעות הצפויות מהסדר כגון דא על התחרות ולהלן יובאו עיקרי הדברים.

3. השפעת ההסדר על התחרות

א. שיתוף פעולה במגעים מול גופים רגולטוריים

פעילות משותפת של גופים עסקיים במגעים עם רשויות שלטון שונות בנוגע להפעלת סמכותם השלטונית איננה מהווה הסדר כובל, מקום בו מתקיימים התנאים שפורטו בגילוי דעת 1/00 שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון.² לפיכך, ובכפוף לסייגים המנויים בגילוי הדעת הנזכר לעיל, אין הצדדים נדרשים לאישור לצורך שיתוף פעולה זה. אשר לבקשת בתי המלון כי אתיר להם לפנות לערכאות במשותף, באמצעות ההתאחדות, זו מוקדמת וגורפת מדי. ככל שמדובר בהליכים בפני הטריבוטל השיפוטי אשר אמור לקום לפי הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים) התשס"א - 2000, הצעת חוק זו טרם נתקבלה ולפיכך בקשת ההתאחדות מקדימה את זמנה. ככל שמדובר בהליכים שיפוטיים אחרים בין בתי מלון ספציפיים ובין תאגידים לניהול משותף, וככל שייצוגם של בתי המלון בהליכים אלו בידי ההתאחדות עולה כדי הסדר כובל, ראוי כי העניין ייבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו.

¹ 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, הגבלים עסקיים**, 2002, 3015709. תוקפה של החלטת הפטור פג ביום 1.1.2006 ועניינה של בקשה זו הוא בחידוש הפטור האמור.

² גילוי דעת 1/00 שיתופי פעולה בין מתחרים בפעולה מול רשויות שלטון, 2000 **הגבלים עסקיים** 3007119.

ב. ניהול משא-ומתן משותף בראי דיני ההגבלים העסקיים

ככלל, חבירה של מספר מתחרים לצורך ניהול משא ומתן משותף עם ספק אחד או מספר ספקים מהווה הסדר כובל, שכן מדובר בהסדר העלול להפחית את התחרות בעסקים. לפגיעתה בתחרות של פעולה שכזו עשויים להיות מספר היבטים, ביניהם יצירת כוח שוק מול הספק, פגיעה בתחרות בין הגופים משתפי הפעולה הנובעת מהאחדות תנאי רכש התשומות על ידם ופגיעה בצדדים מתחרים שאינם צד להסדר. כמו כן קיים חשש תחרותי נוסף, כי שיתוף הפעולה בין המתחרים במסגרת המשא ומתן, יגלוש בהדרגה לתחומים נוספים בהם קיימת תחרות בין הצדדים. על חששות אלו ודרכי פתרונם, אעמוד בהמשך דברי.

עוד אציין, כי רצונה של ההתאחדות להמליץ לחבריה לאמץ את התנאים שיסוכמו במשא ומתן עם התאגידים לניהול משותף, מהווה אף הוא הסדר כובל בהיותו קו פעולה הנקבע על ידי איגוד עסקי.³ כפי שנראה להלן ובכפוף לתנאים הקבועים בסיפא להחלטתי, ההסדר אינו מקים חשש לפגיעה של ממש בתחרות, וקיימת הצדקה לקיומו הנובעת מאופיו המיוחד של ניהול זכויות היוצרים על-ידי התאגידים לניהול משותף.

ג. רקע - תאגידים לניהול משותף

תאגידים לניהול משותף הם תאגידים המייצגים מספר רב של בעלי זכויות יוצרים, ועוסקים במתן הרשאה קולקטיבית לשימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים. 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 רשיון או בדרך של העברת הזכות) לנהל בשם בעלי הזכויות השונים את פעולות ההרשאה, גביית התמלוגים והאכיפה. מקובל כי אותו הגוף מעניק למשתמשים השונים רשיון גורף (Blanket License) המכסה את כלל היצירות המוגנות המצויות ברפרטואר של תאגיד הניהול המשותף.

לפני כשנתיים קבע בית הדין להגבלים עסקיים כי הקמתן ופעולתן של **הפדרציה** וכן **הפי"ל** היא הסדר כובל כמשמעותו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.⁴ נוסף על כך עומד כיום בפני בית הדין להגבלים עסקיים ערר ביחס לקביעת קודמי לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, כי ההסדר על פיו הוקמה ופועלת אקו"ם מהווה אף הוא הסדר כובל.⁵

למותר לציין, כי פטור זה אינו בא להסיג את משטר הפיקוח או לגרוע מכל חובה המוטלת על התאגידים לניהול משותף על פי דין.

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

בהחלטת הפטור התייחס קודמי בהרחבה לכך שאחד האמצעים המוכרים בעולם לריסון כוח השוק שבידי תאגידים לניהול משותף, הוא ניהול משא ומתן קולקטיבי על-ידי קבוצות משתמשים או על-ידי איגודים

³ ראה סעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח - 1988.

⁴ ה"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.

⁵ ה"ע 513/04 אקו"ם בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים

עסקיים המייצגים אותם. אדגיש כי המשא ומתן הקיבוצי מהווה אמצעי יעיל גם עבור התאגידים לניהול משותף, שכן הוא מיעל את ניהול המשא ומתן ואת הליכי גביית התמלוגים מהמשתמשים.

אין להבין מהאמור, כי תמיד קיימת הצדקה לניהול משא ומתן קולקטיבי מול תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. נחיצותו של משא ומתן קולקטיבי צריכה להיבחן בכל מקרה לפי נסיבותיו, בשים לב, בין השאר, למספרם של המשתמשים המבקשים לחבור למסגרת משא ומתן משותפת, לכושר המיקוח היחסי של כל אחד מהם ולמידת הנטייה לתיאום (מפורש או משתמע), הקיימת ביניהם. 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 חלף שיווי 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.

כמו כן, על מנת שיוענק למשא ומתן קולקטיבי פטור מאישור הסדר כובל, לא די בכך שיש טעם לגיטימי לעריכתו, ועל הצדדים לשכנע את הממונה כי בנסיבות העניין, משא ומתן כאמור אינו מקים חששות תחרותיים של ממש.

אשר לקיומה של הצדקה לעריכת משא ומתן קולקטיבי - אין ספק כי חברתם של בתי המלון לצורך ניהול משא ומתן קולקטיבי, מגלמת בתוכה חיסכון של ממש בעלויות עסקה ואכיפה, כמו גם שיפור משמעותי בכושר המיקוח היחסי של בתי המלון למול תאגידי הניהול המשותף. מנגד, אין להניח כי תועלות אלו תשארנה נחלתם הבלעדית של הצדדים להסדר, בשים לב למאפייני השוק (כפי שיפורטו להלן) ולתנאים הקבועים בסיפא להחלטתו.

להלן נראה כי ההסדר המוצע, בכפוף לתנאים הקבועים בסיפא להחלטתו, גם אינו פוגע פגיעה של ממש בתחרות.

ה. ההיבטים התחרותיים של ניהול משא ומתן קולקטיבי על פי ההסדר שבפני

1. היעדר פגיעה בתחרות בתחום רכישת רשיונות שימוש מהתאגידים לניהול משותף

הסדר בו מתאגדים גופים עסקיים לרכישה משותפת של מוצר, עלול, לעיתים, להקים להם כוח שוק למול ספק המוצר. הנתונים המצויים בידי מלמדים, כי רק חלק קטן יחסית מהתמלוגים המשתלמים לתאגידים לניהול משותף עבור רשיונות שימוש, משתלם על ידי בתי המלון. אין אפוא חשש כי ההסדר המוצע יקים כוח מונופסוני לבתי המלון מול התאגידים לניהול משותף.

2. היעדר חשש לפגיעה בתחרות בין בתי המלון החברים בהתאחדות

חברתם של מתחרים זה לזה ברכישה משותפת של תשומה הנדרשת לפעילותם, עלולה, לעיתים, להגביר את ההסתברות לתיאום מחירים ביניהם. במיוחד אמורים הדברים, מקום בו התשומה הנרכשת מהווה רכיב משמעותי בסך העלויות לייצור המוצר. חשש זה מופג בענייננו - תשלום תמלוגים לתאגידי הניהול המשותף עבור רשיונות שימוש, מהווה רכיב קטן יחסית מסך העלויות של בתי המלון. מוסיקה גם אינה מהווה גורם משמעותי בהכנסותיהם של בתי המלון, והשפעתה על ההכנסות של בתי המלון - עקיפה בלבד.⁶

⁶ וזאת בניגוד לדיסקוטק למשל, שבו משפיע המוסיקה באופן משמעותי וישיר על ההכנסות.

3. החשש מפני גלישת שיתוף הפעולה לתחומים אחרים

בבואו להתיר שיתוף פעולה בין מתחרים, מלווה מערך הפיקוח על הגבלים עסקיים, בחשש תמידי מפני אפשרות גלישתו של שיתוף פעולה זה מהתחום המותר לתחום האסור. יודעים אנו כי גם שיתוף פעולה שראשיתו כשרה ולגיטימית, עלול לסטות מדרך הישר.⁷ על מערך הפיקוח לבחון את ההסתברות להתממשותה של סכנה זו בכל מקרה על פי נסיבותיו. בעשותו כן יתחשב מערך הפיקוח, בין השאר, במידת התחרות הקיימת בענף, בהיסטוריה התחרותית של הענף ובמידת חשיבותו של שיתוף הפעולה לעסקי הצדדים.

ענף המלוונאות מתאפיין בריבוי מתחרים ובעודף כושר ייצור משמעותי, משתנים שמקובל לזהותם כמרסנים הפעלת כוח שוק. בנוסף, כפי שצוין לעיל, שיתוף הפעולה נשוא בקשת הפטור, מתייחס לרכיב שולי יחסית בעסקיהם של הצדדים. מנגד, לא ניתן להתעלם מכך שההתאחדות נהגה לערוך משא ומתן קולקטיבי למול התאגידים לניהול משותף, עוד טרם החלטת הפטור. פעולתה זו של ההתאחדות העידה על מודעות בלתי מספקת לגבי הקו המפריד בין שיתוף פעולה לגיטימי ובין שיתוף פעולה האסור על פי חוק ההגבלים העסקיים. בשל כך, הותנתה החלטת הפטור בתנאי לפיו התחייבה ההתאחדות בתי המלון להפעיל תוכנית אכיפה פנימית, על כל המשתמע מכך. לאור האמור ראיתי לנכון להתנות גם את החלטתי זו בתנאי הנזכר לעיל.

4. שאלת הפגיעה בתחרות בין בתי מלון החברים בהתאחדות ובין בתי מלון אחרים

שני חששות נוספים עולים מניהול משא ומתן משותף מול תאגידים לניהול משותף. חשש אחד הוא כי פעילות הקולקטיב, תגביל את יכולתו של המשתמש הבודד להתקשר בתנאים אחרים מאלו שסוכמו במשא ומתן המשותף. החשש השני הוא להפליה בין משתמשים שעניינם מיוצג על ידי הקולקטיב ובין משתמשים אחרים, שאינם מיוצגים.

מן הכלל לפרט – החששות הם כי בית מלון החבר בהתאחדות לא יוכל להתקשר בתנאים שונים מאלו שסוכמו בין ההתאחדות לתאגיד הניהול המשותף, וכי המחיר השונה בו נרכש רשיון ההשמעה (התשומה) יפגע ביכולתו של בית מלון שאינו חבר בהתאחדות להתחרות בבתי המלון החברים בה.⁸

גם כאן מוצא החשש את פתרונו בדרך של קביעת התנאים המצויים בסיפא להחלטתי. תנאי ראשון – שתנאים שנקבעו במשא ומתן קולקטיבי עם תאגיד לניהול משותף יהוו רק המלצה ולא יוכלו לחייב את המשתמש ובפרט למנוע ממנו לשאת ולתת עבור עצמו ולהשיג תנאים טובים יותר. תנאי שני – שכל הסכמה שהושגה עם תאגיד הניהול המשותף במשא ומתן קולקטיבי תחול גם על משתמש מאותו סוג שלא היה צד למשא ומתן המשותף, אם ירצה בכך. עם זאת, אחת מהתועלות של המשא-ומתן הקולקטיבי היא חסכון בעלויות תאגיד הניהול המשותף. התאגיד רשאי אפוא ליתן הנחה למשתמשים שהם צד למשא ומתן המשותף, ובלבד שהנחה זו משקפת את החיסכון בעלויות אלו.

4. סוף דבר

⁷ על סכנת החלחול (Spillover Effect) עמד קודמי בעניין יעדים. קביעה לפי סעיף 43 – הסדר כובל בין חברות ההסעה ביעדים תיור בע"מ, הגבלים עסקיים, 2001, 301298.

⁸ הפליה כזו יכולה להתבצע גם כלפי בתי מלון שחברים בהתאחדות, אך מידת השפעתם על התנהלותה קטנה מזו של בתי מלון אחרים.

לאחר שנועצתי בועדה לפטורים ומיזוגים ומכוח הסמכות הנתונה לי בסעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים ניתן בזה פטור, בתנאים המפורטים להלן, להתאחדות בתי המלון ולבתי המלון החברים בה, מן החובה לקבל את אישור בית הדין להגבלים עסקיים להסדר הכובל שערכו ביניהן.

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 :

"**בית מלון**" - לרבות בית הארחה, צימר, כפר נופש.

"**ההתאחדות**" - התאחדות המלונות בישראל.

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

1. ההתאחדות מתחייבת להמשיך ולהפעיל תוכנית אכיפה פנימית, על כל הכרוך והמשתמע מכך.
2. הצדדים להסדר יקיימו הפרדה מלאה ומוחלטת בין פעילותם העסקית ובין פעילותם המשותפת במסגרת המשא ומתן הקולקטיבי. מבלי לגרוע מהאמור :
 - א. הצדדים להסדר לא יעבירו זה לזה, במישרין או בעקיפין, מידע בדבר עלויות, נתוני מכירות, רווחיות או תמחור.
 - ב. ניהול משא ומתן קולקטיבי עם תאגידים לניהול משותף יופקד בידי צוות שייצג נאמנה את עניינם של כל החברים בהתאחדות בתי המלון.
 3. בית מלון החבר בהתאחדות, יהיה רשאי לנהל משא ומתן נפרד לצורך קבלת רשיון שימוש מהתאגיד לניהול משותף.
 4. הצדדים להסדר לא יהיו צד להסכם, הסדר או הבנה עם תאגיד לניהול משותף יוצרים, לפיה יוצעו לצד שלישי שאינו צד להסדר תנאים נחותים מאלה הניתנים לבתי המלון החברים בהתאחדות. כמו כן, לא תישלל מאותו צד שלישי האפשרות להתקשר עם התאגיד לניהול משותף בתנאים טובים מאלה שהוצעו להתאחדות.

רונית קן

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ב ניסן תשס"ו
10 אפריל, 2006