



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

בפני אב בית הדין, כב' השופטת נאוה בן אור

המבקשת אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל

על ידי ב"כ עו"ד אורי שורק, אגמון ושות' משרד עו"ד

בעניין

הממונה הממונה על ההגבלים העסקיים

על ידי ב"כ עו"ד יאירה פרנקל

ובעניין

המתנגדות 1. התאחדות בעלי אולמות וגני אירועים בישראל

2. חברת פרטנר תקשורת בע"מ

על ידי ב"כ עו"ד אמיר ונג ועו"ד איל שגיא, רון גזית, רוסנברג ושות'

3. ערוצי זהב ושות'

מת"ב - מערכות תקשורת בכבלים בע"מ

תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (בהסדר נושים)

על ידי ב"כ עו"ד תמר תורג'מן-קדם ועו"ד זיו שוורץ, פישר בכר, חן ושות'

4. איגוד מסעדות בישראל

5. עננה בע"מ

על ידי ב"כ עו"ד רונית אמיר-יניב ועו"ד עידו חיטמן, יגאל ארנון ושות'

6. EMI - Music Publishing Israel LTD

על ידי ב"כ עו"ד מישל קיינס, עו"ד נועה בניאל ועו"ד מוטי קהירי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

פסק דין

1. ביום 30.4.2004 פרסם הממונה על הגבלים עסקיים קביעה לפי סעיף 34(א)(1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן: **החוק**), ולפיהן ההסדרים בדבר הקמתה ופעילותה של אקו"ם הינם הסדרים כובלים, המבססים לה מעמד של בעל מונופולין בשווקים שונים של ניהול זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות. וזאת לדעת, כי אקו"ם - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ - הינה תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, אשר הוקם עוד בשנת 1936. החברים באקו"ם מעבירים אליה באופן בלעדי את זכויותיהם ביצירותיהם, ואילו אקו"ם פועלת למתן הרשאות לשימוש באותן יצירות תוך שהיא גובה תמלוגים עבור שימוש זה, למען חבריה. ההרשאה היא על דרך של הענקת רשיונות גורפים או "רשיונות שמיכה" (blanket licenses). רשיונות מסוג זה מאפשרים למשתמשים לעשות שימוש בכל רפרטואר היצירות המנוהל על ידי אקו"ם. בנוסף להענקת הרשיונות ולגביית התמלוגים עבורם, פועלת אקו"ם לאכיפת זכויות היוצרים של חבריה במקרים של הפרה, וכן קשורה היא בהסכמים עם גופים זרים לניהול משותף של זכויות יוצרים ("אגודות אחיות"), מכוחם מנהלת אקו"ם בישראל את הזכויות המנוהלות על ידי אותם גופים.

2. ביום 1.7.2004 הגישה אקו"ם ערר על קביעת הממונה בעניינה (ה"ע 512/04), וביום 7.7.2004 הגישה אקו"ם בקשה חלופית, לאישור הסדר כובל (ה"ע 513/04). לבקשת האישור הוגשו מספר התנגדויות. המתנגדות והממונה הגישו את עמדותיהם ביחס לתנאים בהם יש לאשר את פעילותה של אקו"ם.

ביום 11.11.2004 הגישה אקו"ם בקשה למתן היתר זמני לפעילותה. בית הדין העניק היתר זמני, מותנה בתנאים, בהחלטה מיום 28.12.2004 (כבי' השופטת מ' שידלובסקי-אור). היתר זה הוארך מעת לעת בהמלצת הממונה, תוך שבמרוצת השנים נערכו בתנאים שנלוו לו שינויים ותיקונים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

בכל הנוגע לערר על עצם קביעת הממונה לפיה פעילותה של אקו"ם מהווה הסדר כובל, תחילה החליט בית הדין שלא לאחד את הדיון בשני ההליכים (החלטה מיום 8.12.2005), וכן החליט כי ההליכים בבקשת האישור להסדר הכובל לא יקודמו לנוכח עררה של אקו"ם על עצם הקביעה (החלטה מיום 3.1.2006). ההליכים בערר נמשכו, ואף הוגשו סיכומים, וביום 26.10.2008 החליט בית הדין (כב' השופטת מ' מזרחי) כי נכון יהיה לאחד את הערר ואת הבקשה לאישור ההסדר הכובל, תוך שהוא קובע כי דין הערר להידחות, וכי הנימוקים לכך ינתנו במסגרת פסק הדין שיינתן בהליכי האישור. אלא שביום 18.3.2010 הורה בית הדין על מחיקת הערר, לבקשת אקו"ם.

3. נותרה לדיון הבקשה לאישור הסדר כובל, אשר כאמור, החל משנת 2004, ניתן היתר זמני לפעולתו. לבקשת האישור הוגשו התנגדויות מטעם התאחדות בעלי האולמות וגני האירועים, חברת פרטנר תקשורת בע"מ, חברות הכבלים (ערוצי זהב, מת"ב - מערכות תקשורת בכבלים בע"מ, ותבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ (בהסדר נושים)), ואיגוד מסעדות בישראל.

4. בעמדתה מיום 16.4.2009 עמדה הממונה על השינויים שנעשו בתנאי ההיתר הזמני האחרון (מפברואר 2009) לעומת התנאים הקודמים, וכן הוצגו שינויים נוספים אשר לסברתה של הממונה נדרשים, מעבר לשינויים שכבר נעשו, כתנאי לאישורו של ההסדר. השינוי העיקרי האחד תכליתו מניעת ניצול אופורטוניסטי של התנאים. שינוי עיקרי נוסף עליו עמדה הממונה בחוות דעתה האמורה, תכליתו הגברת כוח המיקוח של המשתמשים כלפי אקו"ם. על האופן בו הציעה הממונה לתקן את תנאי ההיתר כדי לקדם תכליות אלה, אעמוד בהמשך, תוך שאתייחס לטענות הצדדים לעניין זה.

5. הצדדים להליך הסכימו, כי החלטת בית הדין תינתן על יסוד סיכומי הצדדים והשלמת טיעון בעל פה, בלא צורך בשמיעת ראיות. עובר למועד בו אמורים היו להישמע הטיעונים, וכחמש שנים לאחר שהוגשה לבית הדין הבקשה לאישור ההסדר הכובל, פנו שתיים: עננה בע"מ ו- EMI Music Publishing (Israel) Ltd., בבקשה להצטרף להליך. שתי המבקשות הן צד להסדר הכובל, בהיותן חברות באקו"ם. המבקשות הסבירו את השתהותן בכך שרק בשנת 2009 שונו התנאים להיתר הזמני שהוארך מעת לעת במהלך השנים. לשיטתן, השינויים שנערכו פוגעים ביוצרים במובנים שונים. מגעים שניהלו המבקשות בעניין עם הממונה לא נשאו פרי, מבחינתן, ומכאן הצורך שראו להצטרף להליך. בית הדין (כב' השופטת מ' מזרחי) קבע בהחלטתו, כי הגם שלא היה יסוד להנחת המבקשות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

לפיה התנאים בהם ניתן ההיתר הזמני בעבר יוסיפו ויתקיימו גם לעתיד, הרי שהעובדה כי לא חל בהם כל שינוי עד לשנת 2009 יכול היה ליצור הערכה סבירה כי הם אכן לא ישתנו. בית הדין הוסיף וקבע באותה החלטה, כי "הגם שהמאבקים בין בעלי זכויות היוצרים אינם מענייניו של בית הדין, אין להוציא מכלל אפשרות שיש משמעות תחרותית למחלוקת שהסתמנה בין כל אחת מהמבקשות לבין אקו"ם. אין ספק שאקו"ם היא גוף בעל כוח משמעותי ברכוז זכויות יוצרים רבות, ויש להביא בחשבון גם היבט זה ביחס ליוצרים ולציבור". מנגד, ראה בית הדין את ההכבדה שיש בהצטרפות להליך בשלב כה מאוחר, ולפיכך קיבל את הבקשה באופן חלקי, במובן זה, שאפשר לכל אחת מן המבקשות להגיש מסמך קצר, שלא יעלה על 3 עמודים, ובו תתייחסנה לתנאים שאינם מקובלים עליהן, ולאחר מכן תוכלנה לסכם בישיבת הסיכומים, לאחר סיכומי אקו"ם. עוד נקבע באותה החלטה, כי התשתית הראייתית לא תורחב (החלטת כב' השופטת מ' מזרחי מיום 1.12.2009). עוד יש לציין, כי התאחדות בעלי האולמות ואיגוד מסעדות בישראל לא התייצבו לדיונים שנקבעו בפניי לאחר שהתיק עבר לטיפול, והמסקנה היא כי איבדו עניין בהליכי האישור. למרות זאת, התייחסתי להערותיהם שבכתב באותם עניינים בהם מצאתי להרחיב במסגרת החלטה זו.

6. ביום 10.9.2009 הגישה הממונה מסמך המהווה תגובה לעמדות הצדדים השונות שהוגשו בעניין הבקשה לאישור הסדר כובל, לאחר שהציגה את התנאים הנדרשים בנייר העמדה מיום 16.4.2009. המסמך מספטמבר 2009 מאגד בתוכו את כל הערות הצדדים ומתייחס אליהן, ולפיכך יכול להוות תשתית נוחה לדיון.

7. נקודת המוצא לבחינת טענות הצדדים ביחס לתנאים הנדרשים לשם אישור ההסדר הכובל הינה, כי המדובר בהסדר שהתועלת הצפויה ממנו לציבור עולה באופן ממשי על הנוק העלול להיגרם לו או לחלק ממנו או למי שאינו צד להסדר (סעיף 10 לחוק). על התועלות שבניהול משותף של זכויות יוצרים עמד בית הדין בה"ע 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח' (דינים מחוזי כרך לד(4), 175, להלן: **פרשת הפדרציה**). בכללן, העובדה שתאגיד מסוג זה משמש כלי חיוני לאכיפת זכויות יוצרים, מוזיל את עלויות השימוש ומקל על השימוש בזכויות היוצרים. הרישיונות הגורפים מאפשרים למשתמשים לעשות שימוש בכלל רפרטואר היצירות שברשות התאגיד לניהול משותף, ללא הגבלה על כמותן או על זהותן. לפיכך, נחסך מן הציבור הצורך באיתור בעלי הזכויות השונים כפי שגם נחסכות ממנו העלויות הכרוכות בניהול משא ומתן נפרד עם כל אחד מבעלי הזכויות. הרישיון הגורף מאפשר נגישות מהירה ויעילה למגוון



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

היצירות ותורם בדרך זו להעלאת כמות היצירות שנעשה בהן שימוש. גם לבעלי הזכויות צומחים יתרונות לא מבוטלים. הרישיונות הגורפים מייעלים את גביית התמלוגים ואת האכיפה בגין הפרה, שכן ניתן להעריך כי בעל זכויות בודד היה מתקשה לדאוג לאכיפת זכויותיו, בשים לב לקלות הרבה בה ניתן להפר אותן. מנגד, פעילותו של תאגיד לניהול משותף של זכויות, יוצרת חשש לפגיעה בתחרות, שהרי המדובר בהתארגנות קולקטיבית של בעלי זכויות, אשר טמון בה חשש אינהרנטי לניצול לרעה של כוח השוק שנוצר בידיה. כוח זה עלול להיות מנוצל לרעה הן נגד המשתמשים והן נגד בעלי הזכויות, בין שהם חברי התאגיד ובין שאינם כאלה. כך, למשל, עלולה הפעילות בדרך זו להביא לידי חיוב בעלי הזכויות להעביר בלעדית את זכויותיהם לתאגיד, להטלת מגבלות על החברות בתאגיד, לתאום מחירים בין מתחרים, לגביית תעריפים גבוהים מדי ובלתי הוגנים, לעשיית שימוש בסעדים המוקנים בחוק כלפי מפרי זכויות יוצרים באופן שיפגע ביכולת המשתמשים לשאת ולתת על שיעור דמי הרישיון הנדרשים מהם, ועוד. היתרונות והחסרונות שבהסדר הנדון פורטו בהרחבה בתצהיר התמיכה בעמדתה של הממונה מיום 16.4.2009.

8. כפי שכבר קבע בית הדין בפרשת הפדרציה, מעלותיו של ההסדר גוברות על חסרונותיו. מעלתו הבולטת של הסדר מן הסוג האמור, כפי שציינה לאחרונה כבי"ש השופטת תי' בזק-רפפורט, היא "בהיותו הדרך האפקטיבית היחידה למימושן החוקי של זכויות יוצרים ברשומות קול, זכויות אשר הדין מכיר בהן ומעודדן" (ה"כ 705/07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים עסקיים, שם, בפסקה 12), או כדבריה של כבי"ש השופטת ד' דורנר ברע"א 6142/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל (להלן: עניין אקו"ם): "ארגונים כאלה, שיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס החבנה, כי בפועל, ללא קיומם, יכולתו של היוצר היחיד לחגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי היותה מוטלת בספק....".

9. עם זאת, על מנת להבטיח כי החסרונות, שמקצתם פורטו לעיל, לא יעלו בסופו של דבר על היתרונות, עומדת הממונה על שורה של תנאים לאישור ההסדר, אשר יהיה בהם, להבנתה, להפיג את החששות הנובעים מעצם קיומו. חלקם, דרישות שהועמדו על ידי הממונה כתנאי לאישור ההסדר עוד בתחילתו של ההליך. חלקם, תנאים שנוספו או שנערכו בהם שינויים, לאור הניסיון המצטבר מיישומם של התנאים הקודמים במהלך השנים שחלפו מאז החל ההליך הנדון, ולנוכח שינויים טכנולוגיים שחלו. חלק ניכר מן השינויים הנדרשים יושם כבר בתנאי ההיתר הזמני לפעילותה של אקו"ם, שאושרו על ידי בית הדין בהחלטתו



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

מיום 24.2.2009. ביום 25.1.2009 קבע בית הדין, כי תנאים אלה יהיו נקודת התייחסות לעמדות הצדדים ביחס לאישורו הקבוע של ההסכם.

כאמור לעיל, לאחר שנתקבלו תגובות הצדדים לעמדתה הנ"ל של הממונה, הגישה הממונה תגובה לתגובות אלה, ביום 10.9.09. על יסוד תגובות הצדדים ותגובת הממונה (להלן: **עמדת הממונה**) התקיים בפניי דיון בעל פה, שהתמקד בנושאים העיקריים שנותרו שניים במחלוקת. להלן התייחסותי לנושאים אלה.

סעיף 2 - החברות באקו"ם

סעיף 2.3: הודעת החרגה

10. סעיף זה עומד ביסוד אחת המחלוקות העיקריות שלובנו במהלך הדיון בעל פה. על מנת שניתן יהיה לעמוד על שורשי המחלוקת ביחס לסוגיית החרגה, יש להבהיר, כי משהוגשה הבקשה להתיר את פעילותה של אקו"ם כהסדר כובל, הגיעו אקו"ם והממונה לידי הסכם בדבר התנאים לפעילותה של אקו"ם במסגרת היתר זמני שיינתן לה, עד להחלטה הסופית בבקשה. כפי שהובהר בהחלטת בית הדין מיום 28.12.2004, תכליתם של התנאים היא הגנה על התחרות וריסון כוחה המונופוליסטי של אקו"ם כלפי המשתמשים החברים בה. אחד מן התנאים שנקבעו התיר לחבר אקו"ם למסור הודעה לאקו"ם, בכל עת, על רצונו ליטול לעצמו זכות מזכויות היוצרים, כולן או חלקן, לגבי אילו מבין סוגי יצירותיו, לגבי כלל המשתמשים או לגבי סוגים מסויימים שלהם. על יסוד ההודעה יחדלו היצירות שנכללו בה להיות חלק מרפרטואר אקו"ם, וזכויות היוצרים יחזרו לבעלותו של החבר. מנגנון זה, שאלה עיקריו, כונה "מנגנון החרגת זכויות". נראה, כי ההשקפה שעמדה ביסוד מנגנון החרגה שהוצע בתחילת ימיו של ההסדר הזמני הייתה, שאפשרות ליברלית להחריג כל זכות ביצירה, ולגבי כל סוג של משתמש, תגביר את התחרות ותעצים את כוחם של חברי אקו"ם כלפי התאגיד. אלא שכפי שנאמר בעמדת הממונה מיום 10.4.2009, הלקח שנלמד במרוצת השנים שחלפו היה, שמנגנון החרגה הביא לתוצאה הפוכה, והחשש שהתעורר הוא כי חברי אקו"ם ה"חזקים", יותירו לניהולה של אקו"ם זכויות פחותות ערך, ויעבירו לניהולם העצמאי זכויות מניבות, תוך ניצול כוחם. תופעה זו חותרת תחת ההצדקה לקיומו של התאגיד. מסקנה זו הניעה את הממונה לערוך שינויים במנגנון החרגה, ואלה הוכנסו לתנאי היתר הזמני שניתן על ידי בית הדין ב- 25.1.2009.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

11. ואכן, השינויים שנעשו במנגנון ההחרגה היוו אחת העילות המרכזיות לבקשתן המאוחרת של EMI ושל עננה להצטרף כמתנגדות לאישור ההסדר הכובל. ההבדלים המהותיים בין מנגנון ההחרגה הישן לבין זה החדש מתבטאים בכך שהודעת החרגה יכולה להינתן רק בהסכמת כל בעלי הזכויות ביצירה ורק על תנאי שאף הם יבקשו להחריגה, וכן שהחרגה חלקית, היינו של חלק מן השימושים ביצירה, תוכל להיעשות רק על פי "סלי החרגה", המפורטים בסעיפי המשנה 2.3.1-2.3.4, ולא על פי שיקול דעתו של המבקש להחריג שימוש זה או אחר.

12. אביא עתה את נוסחו המלא של סעיף 2.3 על תת סעיפיו (2.3.1-2.3.4), לאחר שתוקן על פי הערות שונות שקיבלה הממונה (סעיפים 18-22 לעמדת הממונה):

"2.3 בכפוף להוראות סעיף 8 להלן, חבר או מיוצג באקו"ם רשאי, בכל עת, למסור הודעה לאקו"ם על רצונו להחריג כלל או חלק מזכויות היוצרים שלו מניהולה של אקו"ם, בתנאי שהתקבלה הסכמתם של כל היוצרים באקו"ם שהם בעלי זכויות ביצירות אליהן מתייחסת ההודעה האמורה, ואף הם הודיעו לאקו"ם על רצונם להחריג את זכויותיהם בהתאם לאמור בסעיף זה. הודעת ההחרגה יכולה להתייחס לכל או לחלק מהשימושים ביצירות המוחרגות, אולם אם ההחרגה מתייחסת רק לחלק מהשימושים ביצירת המוחרגות, הודעת ההחרגה תהיה בהתאם לאחת החלופות שלהלן בשלמותן או על פי כל צירוף של החלופות בשלמותן בלבד (להלן: **הודעת ההחרגה**):

2.3.1 החרגת הזכויות לשידור אודיו-ויזואלי, לרבות סינכרוניזציה והקלטה לצרכי שידור כאמור, ולרבות מתן שירותים אינטראקטיביים ו/או on demand וכל שירות דומה, לרבות באמצעות טלוויזיה, אינטרנט, טלפוניה או רט"ן.

2.3.2 החרגה של זכויות השידור באמצעי אודיו לרבות הקלטה לצרכי שידור כאמור, ולרבות מתן שירותים אינטראקטיביים ו/או on demand וכל שירות דומה, לרבות באמצעות רדיו, אינטרנט, טלפוניה או רט"ן.

2.3.3 החרגה של זכות ההעתקה. למען הסר ספק, יובהר כי החרגת זכות ההעתקה אינה כוללת את זכות ההעתקה לצרכי שידור.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

2.3.4 החרגה של זכות ההטבעה ו/או ההקלטה. למען הסר ספק, יובהר כי החרגת זכות ההטבעה ו/או ההקלטה אינה כוללת את זכות ההטבעה ו/או ההקלטה לצרכי שידור.

הודעת ההחרגה תימסר לאקו"ם ותיכנס לתוקפה תוך 30 יום מיום קבלתה על ידי אקו"ם, ובכל מקרה לא פחות מ- 15 יום מיום פרסום פרטי ההחרגה באתר האינטרנט של אקו"ם, בהתאם להוראות סעיף 6.5 שלהלן. על חלוקת התמלוגים לאחר הודעת ההחרגה יחולו הוראות סעיף 8 שלהלן.

כל עוד לא נמסרה הודעת החרגה בהתאם לסעיף זה, זכויות ביצירות אשר הורגו מפרטואר אקו"ם בהתאם לסעיף 2.2 לתנאי ההיתר הזמני של אקו"ם מיום 28 בדצמבר 2004, 4 בדצמבר 2005, 7 בדצמבר 2006 או 28 בנובמבר 2007 (להלן: "התנאים הקודמים"), ישובו ויכללו ברפרטואר אקו"ם; לעניין מתן רישיונות שימוש על ידי חברי אקו"ם על בסיס החרגות שנעשו על פי התנאים הקודמים, יראו כאילו נמסרה הודעה לאקו"ם לפי סעיף 2.5 לתנאים הקודמים.

לעניין סעיף זה, "יצירה" - לרבות המילים והלחן הנלווים אליה.

13. לטענת EMI, סעיף 2.3 שולל את זכות היוצרים לפי סעיף 11 לחוק זכות יוצרים ולפי סעיף 9(1) לאמנת ברן, וכן פוגע הוא בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד האדם וחירותו. כל כך, משום שרובן המכריע של היצירות המוסיקליות הרשומות במאגר אקו"ם הינן בבעלות משותפת של מספר יוצרים ו/או מו"לים. לפיכך, ככל שאחד מבעלי הזכויות יהיה מעוניין להחריג את זכותו, ולא יצליח להשיג את הסכמת יתר הבעלים, לא יוכל לממש את זכותו ומשום כך, הלכה למעשה, נשללת ממנו הסמכות להתיר או לאסור שימוש ביצירה. באופן זה חותר התנאי תחת הבסיס של זכויות היוצרים, שהרי חוק זכות יוצרים אינו מתנה כלל הפעלת זכותו הבלעדית של היוצר לעשות ביצירה פעולה מן הפעולות המנויות בסעיף 11 בהסכמתם של יתר בעלי הזכויות ביצירה. זו גם התחייבותה הבינלאומית של המדינה לפי סעיף 9(1) לאמנת ברן, ולכך יש להוסיף כי שלילת זכות ההחרגה כמוה כפגיעה בזכות הקניין שהיא זכות חוקתית. עוד נטען, כי לשם קבלת הסכמת כל בעלי הזכויות ביצירה אותה עשויה EMI לבקש להחריג, יהיה עליה לפנות לבעלי זכויות הפזורים בארצות שונות, בכללם מו"לים גדולים, ולהשיג את הסכמתם. EMI סבורה, כי הממונה מעודדת בדרך זו התנהגות אנטי תחרותית. פגיעתו של סעיף 2.3 בתחרות בשוק רישיונות המוסיקה תתבטא בניצול לרעה של



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

המונופולין של אקו"ם כלפי חבריה, בדרך של אכיפת הוויתור על פררוגטיבה המוקנית בחוק, בעוד שהדבר אינו הכרחי לשם תפקודה של אקו"ם. כך גם תיווצר פגיעה על דרך של מניעת תחרות הוגנת בין חברי אקו"ם לבין עצמם, שכן רק מו"ל גדול כמו EMI יוכל להרשות לעצמו לנהל זכויות מחוץ לאקו"ם, שהרי היוצר הבודד לא יוכל לעמוד בנטל הכספי והלוגיסטי הנדרש לשם כך. עמדת הממונה, לפיה ככל שהתנאים הנדונים אינם נראים בעיני EMI, אין היא חייבת להיות חברה באקו"ם אינה פתרון. פרישתה של EMI תביא לשיתוק של השוק ולשיתוקה של אקו"ם, שכן בנסיבות כאלה אקו"ם לא תוכל להקנות למשתמש כלשהו רישיון שמיכה, ותתקשה במידה ניכרת בהקניית רישיונות פרטיים. אם כך יהיה, תיווצר פגיעה ממשית במשתמשים, שלא יוכלו עוד לקבל את כל זכויותיהם ישירות מאקו"ם. זאת ועוד, סיום חברותה של קבוצה משמעותית כ- EMI באקו"ם כמוה כהענקת זכות וטו לקבוצה כזו על יכולתה של אקו"ם להעניק רישיונות שמיכה. כך גם תהפוך זכותם לתמלוגים של היוצרים הבודדים, שפרישתם אינה מעשית, לתלויה לחלוטין בהחלטות של החברים בעלי ההשפעה. כמו כן טוענת EMI, כי התנאים מאפשרים החרגה רק במסגרת ארבע קטיגוריות של זכויות המפורטות בתתי הסעיפים 2.3.1-2.3.4, למרות שקיימים שימושים או ניצולים רבים יותר. משכך, התנאים הללו מגבילים עוד יותר את הפררוגטיבה של בעל הזכויות להתיר או לאסור שימושים מסויימים, ונוצר בפועל מעין "רישיון כפייה" (compulsory license).

14. עננה טוענת לפגיעה באינטרס ההסתמכות ובקניינה של עננה ושל היוצרים המיוצגים על ידה. בתנאים שקדמו להתיר הזמני האחרון נקבע, כי לאחר שחבר אקו"ם מסר הודעה על רצונו ליטול לעצמו זכות יוצרים, "יחדלו היצירות שנכללו בהודעה להיות חלק מרפרטואר אקו"ם, וזכויות היוצרים שנכללו בהודעה יוחזרו לבעלותו של החבר", ותקנון אקו"ם הכיל הוראה דומה. עננה הסתמכה על תנאים אלה, והחריגה את יצירותיה מרפרטואר אקו"ם בכל הקשור לשימושים ב"מדיות חדשות". משמעות הדבר, כי היצירות שהוחרגו מרפרטואר אקו"ם, זכויות היוצרים בהן וכל תגמול המתקבל בגינן משימושים במדיות חדשות, הינם בבעלותה הבלעדית של עננה. משמעות ההוראה שבסיפא של סעיף 2.3 היא, כי על עננה להשיב לרפרטואר אקו"ם את זכויות היוצרים שבבעלותה, והדבר מהווה פגיעה חמורה בקניינה. על פי הטענה, תנאי זה עומד בניגוד לחוק ובניגוד לפסיקת בית הדין מיום 28.12.04, שאישרה את התנאים הקודמים. עוד טוענת עננה כי דרישת קבלת הסכמתם של כל בעלי הזכות ביצירה שנועדה להחרגה הופכת את זכות ההחרגה לאות מתה. בהקשר זה מוסיפה עננה, כי בהיותה המו"ל הפרטי הגדול בישראל, מטרתה לנהל משא ומתן פרטי עם החברות



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

הסולולאריות ועם חברות אחרות עבור כל אומן וכל יצירה, על מנת להשיא את רווחיו של כל יוצר. המנגנון המוצע בסעיף 2.3 פוגע בזכויות היוצרים במישור התחרותי ויוצר מצב שבו אין כל משמעות להבדל בפופולאריות ובהצלחה של היוצרים ביצירה. כך, יוצר שתורמוהו ליצירה מזערית, מקבל לידי זכות וטו לעניין ההחרגה והוא יכול לסכלה. אשר לתנאים המופיעים בסעיפים 2.3.1-2.3.4, טענת עננה היא כי שלילת האפשרות להחריג יצירות לשימושים ספציפיים והגבלת אפשרות ההחרגה אך ורק לשימושים המנויים באותן הוראות, יוצרת מצב בלתי אפשרי לפיו יוצרים ובעלי זכויות יוצרים לא יוכלו לסחור ולהשיא את הרווח הפוטנציאלי מיצירותיהם, והם יאלצו לבחור בין האפשרות להפסיד כתוצאה מהגבלת אפשרות ההחרגה כאמור, לבין פרישה מאקו"ם. עננה מסבירה, כי במהלך השנים בהן פעלה על פי התנאים הקודמים, נהגה להבחין בין מדיות חדשות לבין מדיות אחרות. בכל הנוגע למדיות ה"ישנות", נהגה להותיר את ניהול הזכויות בידי אקו"ם, אולם בכל הנוגע למדיות החדשות (סולולארי ואינטרנט), בחרה להחריג את הזכויות, שכן ביכולתה לנהל משא ומתן טוב יותר מאקו"ם על מנת לקבל את המחיר המירבי (למשל, ל"רינגטון" או לצליל המתנה). לפיכך מבקשת עננה, כי תיעשה אבחנה בין מדיות חדשות לבין כל היתר, כך שהזכות להחריג את הסולולארי והאינטרנט לא תהיה בחבילה אחת עם הרדיו והרט"ן. ולבסוף נטען על ידי עננה, כי תת סעיף 2.3.4 פוגע בזכות המוסרית של היוצר ביצירתו. הכוונה לכך, שעל פי נוסחו המוצע של הסעיף האמור, ככל שלא בוצעה החרגה של היצירה על פיו, אין נדרשת כל הסכמה או אישור מבעל זכות היוצרים ביצירה לצורך סינכרון של היצירה על ידי צד שלישי כלשהו, וזאת בגין כל שימוש ביצירה וללא כל הגבלה. לטענת עננה, תנאי זה עומד בניגוד להוראת סעיף 46 (2) לחוק זכות יוצרים, הקובע כי זכות מוסרית ביחס ליצירה היא זכותו של היוצר כי "לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה כל פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר". והנה, משמעות התנאי הקבוע בתת סעיף 2.3.4 היא, כי כל צד שלישי יוכל לסנכרן כל יצירה שברפרטואר אקו"ם כראות עיניו, מבלי לקבל את אישור בעל זכות היוצרים. מצב דברים זה יביא לכך שהבעלים של זכות היוצרים לא יוכלו למנוע את מניעת השימוש ביצירה שבבעלותו משיקולים דוגמת שיקולים תדמיתיים, מוסריים, דתיים וכו', ותשלל ממנו ההגנה על זכותו המוסרית.

15. אקו"ם, פרטנר, חברות הכבלים והממונה תומכות בתיקון המוצע ושינוי המצב לעומת תנאי ההיתר הזמני המקורי.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

16. אקו"ם משיבה לטענה לפיה מנגנון ההחרגה המוצע פוגע בפררוגטיבה של היוצר בכך, שליוצר קיימת פררוגטיבה להחליט מה ייעשה בקניינו כל עוד הוא בעל זכות היוצרים היחיד. כאשר ישנם מספר בעלי זכות יוצרים ביצירה, יש טעמים טובים להטלת מגבלות על ההחרגה. הטעם האחד הוא, כי הדרישה לקבל את הסכמת כל בעלי הזכויות ביצירה מסוימת נועדה למנוע שימוש אופורטוניסטי של יוצר אחד, על חשבון זכויותיהם של יתר היוצרים, וכן על חשבון זכויותיהם של המשתמשים. במהלך משטר ההיתר הזמני המקורי, נוצרו מצבים בהם אחד מבעלי הזכויות ביצירה החריג את זכויותיו שלו בלבד, ונתן רישיון בלעדי למשתמש מסוים. התוצאה הייתה, שרק אותו יוצר נהנה מתשלום עבור הרישיון הבלעדי, בעוד שיתר היוצרים, שהם שותפים ליצירה, לא נהנו מהתשלום הנוסף שקיבל המחריג. בנוסף, כל שימוש שעשה המשתמש בזכויות של יוצרים שלא נתנו הסכמתם להחרגה, הפך להיות שימוש בלתי חוקי. הטעם האחר הוא, שדרישה זו מאפשרת ניהול יעיל וחסכוני יותר של זכויות היוצרים. אם תינתן זכות החרגה לכל יוצר, הרי שאקו"ם תאלץ להעסיק מאות עובדים שתפקידם יהיה לתעד במערכת הממוחשבת הן את היצירות עצמן והן כל החרגה של כל חבר באקו"ם. העלות לתאגיד תהיה בלתי סבירה.

עוד דוחה אקו"ם את הטענה לפיה מנגנון ההחרגה המתוקן פוגע באינטרס ההסתמכות. זכות ההחרגה נקבעה במסגרת ההיתר הזמני, שממילא תוקפו מוגבל. עוד מבהירה אקו"ם, ולהבהרה זו הצטרפה גם הממונה, כי ככל שעננה העניקה רישיונות על סמך זכות ההחרגה שעל פי התנאים הקודמים, אין היא נדרשת לבטל באופן רטרואקטיבי את הרישיונות ואין היא נדרשת להשליש בידי אקו"ם את התמלוגים שהתקבלו על סמך רישיונות שהעניקה עננה בהתבסס על מנגנון ההחרגה הקודם, במהלך התקופה שמנגנון זה עמד בתוקפו. כאמור, זו גם עמדת הממונה, תוך שהובהר כי הכוונה לתקופה שעד תום תנאי ההיתר הזמני בנוסחו הקודם (עמ' 18 לפרוטוקול מיום 20.12.10).

בנוסף טוענת אקו"ם, כי אין לקבל את טענת זכות הוטו. לעולם תהיה זכות וטו, או ליוצר המחזיק אחוז אחד מן הזכויות ומונע את ההחרגה, או ליוצר המחזיק אחוז אחד, לייצר החרגה. השאלה היא מהי ברירת המחדל העדיפה: ניהול פרטני או ניהול משותף, ולטענת אקו"ם התשובה היא שטובת הכלל היא ניהול משותף.

17. חברות הכבלים לא הרחיבו בטיעון בעל פה בסוגיה האמורה, והודיעו כי הן מסכימות לעמדת הממונה ככל שלא הביעו הסתייגות מסעף זה או אחר.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

18. פרטנר טענה, כי התנאי שאפשר החרגה, החל משנת 2004, ללא הסכמת כל בעלי הזכויות ביצירה, נוצל לרעה באופן שפגע בטובת הציבור וחתר תחת עצם ההצדקה לאישורו של ההסדר הכובל. הממונה אמנם סברה, בשעתו, כי מתן אפשרות בלתי מסויגת להחרגה תגביר את התחרות, אולם הניסוי נכשל. חברים באקו"ם, ובראשם עננה, החלו להחריג באופן זה שאקו"ם המשיכה לנהל את השמעת היצירות ברדיו ובטלוויזיה, אולם לא אפשרו מתן רישיונות לאתרי אינטרנט וסלולאר. נוצר מצב שבו רפרטואר משמעותי, הולך וגדל, הזמין לתחנות רדיו ולערוצי טלוויזיה במדיה הקלאסית, אינו זמין באמצעות אקו"ם לשירותים מקבילים באינטרנט ובסלולאר, המנסים להתפתח. הפגיעה בשירותים מסוג זה כפולה: ראשית, הרפרטואר של האינטרנט צומצם ללא סיבה, ושנית, בשל משטר ההחרגות הקודם, לא ניתן להשתמש בשירותים החדשים בתכניות שמקורן ברדיו ובטלוויזיה. לפיכך, למרות שיש בידי אותו אתר אינטרנט רישיון שמיכה של אקו"ם, עליו לבדוק לחוד כל יצירה ששולבה בפס הקול של תכנית הרדיו או הטלוויזיה, והיה ויתברר כי אחד היוצרים שיצירתו שולבה בפס הקול החרג אותה, אין יכולת לאותו אתר אינטרנט לקחת תכנית ששודרה ברדיו או בטלוויזיה ולהעמידה לרשות הציבור, באמצעות השירותים הניתנים על ידו. מצב דברים זה שומט את הקרקע מתחת לעצם ההצדקה לאישור ההסדר הכובל, שהרי אין כל בסיס לאבחנה בין היתרון שיש ברישיון השמיכה לרדיו ולטלוויזיה, לבין השירותים הניתנים באינטרנט. גם מנקודת הראות של הציבור הפגיעה גדולה, שכן ההחרגה על פי המשטר הקודם אינה מאפשרת פיתוח שירותים תחליפיים באינטרנט ובסלולאר. ובנוסף, אין לאפשר למו"ל חזק, כמו עננה או EMI, להכנס להסדר כובל כשנוח לו, ולמנוע מן הציבור ליהנות מן התועלת שבהסדר, כאשר הוא סבור שיוכל להרוויח יותר מחוץ להסדר. עמדה כזו עומדת בניגוד לסעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, שהוא המבחן הרלוונטי לענייננו, ולא חוק זכות יוצרים.

19. הממונה טענה, כי נקודת המוצא לכל הדין צריכה להיות זו, שאין לבעל זכות יוצרים זכות קניינית לפעול במסגרת הסדר כובל, על אחת כמה וכמה כשהמדובר בהסדר העולה כדי מונופול. בית הדין כבר התייחס בעבר לטענות מן הסוג שהושמעו בהקשר הנדון בפסק הדין בה"ע 3276/99 הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל (פסק דין מיום 6.7.2000), וקבע כי אין לאדם זכות קנויה לעשות הסדר כובל, כפי שאין לו זכות מוקנית על נכסים, כגון מוניטין, שרכישתם או שימורם מותנים בעשיית הסדר כובל. הזכות לעשות הסדר כובל היא זכותו של הציבור ולא של הצדדים להסדר (עמ' 9 לפסק הדין). כך גם דחה בית הדין בפסק דינו בפרשת הפדרציה את הטענה לפיה דיני הקניין הרוחני הם תחום מיוחד, שאין להחיל עליו את דיני ההגבלים העסקיים כפשוטם. המונופול



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

המוקנה לבעל זכות היוצרים על פי דיני הקניין הרוחני אינו מקנה לו זכות לנצל לרעה את כוח השוק הקיים בידו, אם קיים, מכוח אותה זכות (סעיפים 14-20 לפסק הדין).

בכל הנוגע לטענת ההסתמכות שנטענה על ידי עננה, הרי שמן הבחינה העובדתית עננה לא הוכיחה פגיעה באינטרס ההסתמכות מעבר לטענה כי החרגה זכויות על סמך התנאים הקודמים. מן הבחינה המשפטית אין לקבל את הטענה מכמה טעמים. האחד, אף אם הייתה הסתמכות, היא נעשתה שלא בתום לב. עננה ידעה, כי הן הממונה והן אקו"ם סבורות שיש בעייתיות במנגנון ההחרגה, ולפיכך לא ניתן היה להסתמך על כך שמה שהיה הוא שיהיה. הטעם השני, אין לקבל טענת הסתמכות הנשענת על היתר זמני, שכשמו כן הוא. זו הסיבה שבית הדין בוחן אותו ברמה הלכאורית בלבד, מבלי לקיים דיון מעמיק. המלצת הממונה על תנאים זמניים ניתנת על יסוד ההנחה שאלה יבחנו לאורך הזמן וככל שהדבר יידרש, ניתן יהיה לתקנם. והטעם השלישי, ככל שבית הדין יאשר את הסיפא של סעיף 2.3, הקובעת כי על עננה להחזיר את היצירות שהוחרגו לרפרטואר של אקו"ם, הרי שמשמעות הקביעה היא כי ההחרגה שביצעה עננה על פי תנאי ההיתר הזמני הקודם עומדת בניגוד לטובת הציבור. היה ועננה תחפוץ בהחרגת יצירות אלה ואחרות, יהיה עליה לפעול על פי התנאים החדשים, העולים בקנה אחד עם טובת הציבור.

במסמך מאפריל 2009 הסבירה הממונה, כי בשנים האחרונות התרחבו מדיות השידור של התכנים המוגנים בזכויות יוצרים, וקיימת תופעה של "נדידת תכנים" בין פלטפורמות שידור שונות. כך למשל, ניתן לצפות בהפקות טלוויזיוניות במגוון פלטפורמות טכנולוגיות, החל בטלוויזיה "המסורתית", במכשיר הסלולארי, ברשת האינטרנט, וכלה בשידור טלוויזיוני מוזמן (pay per view). התפתחויות אלה דורשות התאמה של התנאים, הן מבחינת היקף הזכויות המנוחלות והן מבחינת היקף, אופי ומבנה הרישיונות המוענקים למשתמשים. הניסיון המצטבר העלה, כי אפשרות ההחרגה מניהולה של אקו"ם, שהעניקו התנאים הקודמים לבעלי זכויות היוצרים, עוררה חשש מפני היעדר רשיונות לשימוש ביצירות בפלטפורמות שידור נוספות ושימושים נוספים על אלה המסורתיים. משמעות הדבר היא, כי בעלי זכויות יוצרים יכולים היו להחריג מרשיון השמיכה שנתנה אקו"ם למשתמש, את האפשרות לעשות שימוש באותן יצירות בפלטפורמות שונות מאלה המסורתיות. כך נוצר מצב אבסורדי, שלאחר שהופקה תכנית המתבססת על רשיון שמיכה מאקו"ם, כל שיש בידי תאגיד השידור הוא רשיון לשדר את ההפקה במדיה מסורתית. ככל שירצה אותו תאגיד לעשות שימוש נוסף בהפקה, עליו לפנות אל כל אחד מחברי אקו"ם שהם בעלי הזכויות ביצירה באופן פרטני, ולקבל מהם רשיון לשימושים הנוספים הנדרשים לאותה יצירה. ואם



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

כך הוא, נשאלת השאלה מדוע לא יפנה תאגיד השידור לבעל הזכויות ביצירה על מנת לקבל ממנו זכות לשדרה גם במדיה המסורתית ולא רק לשם קבלת זכות לשדרה בפלטפורמות נוספות. ממילא נשאלת שאלה נוספת, והיא, אם ניתן לקיים מערך התקשרויות כזה באופן יעיל, מה ההצדקה לקיומה של אקו"ם, המאגדת את כל בעלי הזכויות תוך מניעת תחרות ביניהם.

לנוכח האמור לעיל הביעה הממונה את עמדתה, כי מצב דברים בו על המשתמש להתקשר הן עם התאגיד לניהול זכויות משותף והן עם בעלי הזכויות עצמם, שומט את הקרקע תחת ההצדקה לקיומו של התאגיד המשותף. שהרי אחת ההצדקות העיקריות לאישור ההסדר היא החיסכון בעלויות העסקה הגבוהות הכרוכות בהתקשרות פרטנית. מנקודת ראות של ניתוח כלכלי תחרותי, אין אם כן הצדקה להבחנה בין מדיה מסורתית לבין מדיה חדשה. יתרה מזאת, פיצול ההרשאות הנדרשות לשימוש ביצירות המשולבות באותה הפקה ממש, עלול לאפשר לחברי אקו"ם ניצול לרעה של כוחם המונופוליסטי. הכוונה לכך, שהיכן שיראו בעלי הזכויות יתרון במתן רשיונות שמיכה באמצעות אקו"ם, יעבירו את זכויותיהם לאקו"ם, והיכן שיראו יתרון בפיצול כוחם כלפי המשתמשים הזקוקים להרשאותיהם, יאלצו אותם לרכוש רשיונות פרטניים. התנהלות זו אף תביא לגידול בלתי נחוץ בהוצאות העסקה החלות על המשתמשים וגביית מחירים בלתי הוגנים, עקב המעמד "הסחטני" בו מצויים בעלי הזכויות מול המשתמשים ה"שבויים" בידיהם, לאחר שכבר סיימו את הפקת המוצר תוך שימוש ברשיון השמיכה. הממונה מדגישה כי אין המדובר בהשערות, כי אם בהתנהגות בפועל שנצפתה בתחום במהלך תקופת התנאים הקודמים.

בתנאים נכללו שלושה פתרונות, על מנת להתמודד עם הבעיות המתוארות לעיל: האחד, סלי השימוש שנקבעו בסעיף 2.3, כשכל סל מכיל רישיון עיקרי כלשהו. למשל: שימושים אודיוויזואליים וכל הרשיונות הנלווים אליהם. ההבחנה היא בין שימושים עצמאיים שאז ניתן להצדיק ניהול עצמאי שלהם, לבין שימושים נלווים שאין לאפשר את פיצולם מהרישיון העיקרי. הפתרון השני, תנאים 4.3.2, 4.9 ו-8 הקובעים, כי מרגע ששולבה היצירה ביצירה אודיוויזואלית או יצירת אודיו תחת רישיון שמיכה, מחויבת אקו"ם להמשיך ולתת רישיונות שימוש עבור שימושים נוספים ביצירה המורכבת, היצירה החדשה או היצירה המשולבת. הפתרון השלישי הוא התנאי הקובע כי ההחרגה כפופה להסכמת שאר היוצרים.

בכל הנוגע לטענות שהועלו כנגד הכפפת ההחרגה להסכמת כלל היוצרים של אותה יצירה, הרי שמנקודת המבט של המשתמשים נדרשת ההסכמה על מנת להבטיח שאקו"ם לא תנהל



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

חלקי יצירות. מנקודת המבט של היוצרים, סעיף זה נדרש על מנת להגן עליהם מפני לחץ פסול מצד היוצרים האחרים השותפים ליצירה. הממונה טוענת, כי נתקלה בפניות רבות מקרב היוצרים, אשר טענו כי החרגת הזכות של אחד מן היוצרים גרמה לכך שמשמשים קיבלו החלטה שלא לעשות שימוש ביצירות הללו ולא רכשו רישיונות מאקו"ם לגביהן. ועוד נטען, כי ריבוי בעלי זכות יוצרים ביצירה פועל לשני הכיוונים. אכן, עננה תארה דוגמא בה מי שמחזיק באחד מן הזכויות מקבל זכות וטו כנגד הבעלים של 99% מן הזכויות, המבקש להחריגן. אולם יכול להיות גם מצב הפוך שבו מי שמחזיק בבעלות על אחוז אחד מן היצירה, מחריג את זכויותיו, או אז 99% מבעלי הזכויות נפגעים. למעשה, מבקשות עננה ו-EMI זכות וטו הפוכה.

ולעניין הטענה כי התנאים הופכים את זכות ההחרגה לאות מתה עמדת הממונה כי אין יסוד לכך. ניתן להחריג יצירות בודדות, בתנאי שיגיעו להסכמות עם שאר בעלי זכויות היוצרים. יוצרים קטנים יוכלו להחריג את כל היצירות שלהם, אם רצונם בכך, וניתן גם לחשוב על אפשרות שיוצרים יגיעו להסכמות כאלה מראש, בשעת היצירה, ויחליטו להחריג את מכלול זכויותיהם מניהולה של אקו"ם ולהעבירה לשימוש של גורם מסחרי.

אשר לטענה כי השינוי בתנאי ההחרגה יאלצו את עננה ואת EMI לפרוש מאקו"ם, אין זה הפתרון היחיד, אולם ככל שתאגידים אלה יבקשו לפרוש ולהקים תאגיד מתחרה לאקו"ם, אין בכך משום השלילה. מכל מקום, אין לאפשר לבעלי הזכויות לנהל את זכויותיהם במקומות שונים, ולפגוע בדרך זו במשתמשים. אכן, כטענת עננה ו-EMI, המדובר ב"שמיכה קצרה", המחייבת איזון בין רצונות המשתמשים לבין רצונות היוצרים. היוצרים רשאים תמיד להחליט כי הם אינם חלק מאקו"ם, אולם אם מבקשים הם להיות חלק ממנה, עליהם לשאת הן בעוקצה של החברות והן בדובשה. לעומתם, המשתמשים ניצבים תמיד בפני עובדה מוגמרת, ולפיכך, הכף נוטה לכיוון המשתמשים, תוך שמירה על סבירות ועל מידתיות.

עוד טוענת הממונה כי התנאים משקפים עקרונות המקובלים בעולם ואשר הומלצו על ידי רשויות מקבילות זרות. בהקשר זה הוסיפה, כי ככל שהתכנית להקים בית דין לתמלוגים תקרום עור וגידים, הרבה מן הבעיות הללו יפתרו, שכן הניסיון הזר מלמד, שבמקום בו הוקם בית דין לתמלוגים, נקבע תעריף קבוע לשימושים, והתמריצים להחרגה ולניהול עצמאי נעלמים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

אשר לטענה בדבר הפגיעה בזכות המוסרית, הרי שטענה זו מערבת מין בשאינו מינו ואף סותרת את חוק זכות יוצרים. התנאים, מדגישה הממונה, עוסקים בהסדרה של זכויות קנייניות וכלכליות, ואינם עוסקים בזכות המוסרית, אינם מתנים עליה ואינם פוגעים בה. הפגיעה אף לא תיתכן, שכן מן הבחינה המשפטית שונה הזכות המוסרית מן הזכויות הכלכליות בשלושה מובנים. האחד, תנאי מוקדם לשימוש בזכות הכלכלית היא קבלת הרשאה מן הבעלים. לשם כך נועדה אקו"ם. הזכות המוסרית אינה מצריכה פנייה מוקדמת, אלא מקנה לבעל הזכות עילת תביעה נזיקית מקום בו הזכות נפגעה. ההבדל השני נעוץ בסעיף 45 (ב) לחוק זכות יוצרים, הקובע כי הזכות המוסרית אישית ואינה ניתנת להעברה. ברור, אפוא, כי אין אנו עוסקים בזכות זו. וההבדל השלישי נעוץ במהות הזכות. הזכות המוסרית זכתה בחוק החדש (סעיף 46 (2)) להגדרה מצומצמת, שאינה מתייחסת לזכויות הכלכליות. הטענה המשתמעת, כאילו אקו"ם יכולה לנהל זכויות מוסריות מלמדת על חוסר תוחלת בקיום תאגידים לניהול משותף, אם צריך לבקש הסכמה של יוצר לכל שימוש.

20. במחלוקת שהתגלעה בסוגית זכות ההחרגה מקובלת עלי עמדותיהם של אקו"ם, פרטנר והממונה, על כל נימוקיהן. עם זאת, מצאתי לנכון להוסיף את ההערות הבאות.

21. ההצדקה לקיומו של תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים אינה שנויה במחלוקת. על התאגיד האמריקאי המקביל לאקו"ם, ASCAP נאמר כי קיומו מוצדק בשלושה טעמים:

"First is the 'pragmatic plea of commercial necessity' which arises from the need of music users to obtain the right to perform the music in a sure and speedy way. Second is the need of a user to be assured that it has permission to perform the copyrighted work and will not be subject to conflicting claims of infringement. Third is the 'helplessness of its individual members to enforce their rights', either because of the difficulty of detection or the high cost of litigation relative to the value of any single infringement" (S. Timberg, *The Antitrust Aspects of Merchandizing Modern Music: The ASCAP Consent Judgment of 1950*, 19 L. & Contemp. Probs. 294, 297-298 (1954); H. First, *Online Music Joint Ventures: Taken for a Song*, N.Y.U. Law & Econ. Research Paper Series, Working Paper No. 04-006, 2004, <http://ssrn.com/abstract=508685>, pg. 20)



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

הנה כי כן, "התעשייה" נשוא דיונונו מתאפיינת בצורך בעסקאות רבות, חוזרות ונשנות, לשם קבלת רישיון שימוש ביצירות שהן קנייני המוגן של יוצריהן, מכוח דיני זכויות יוצרים. כך גם מתאפיינת היא בריבוי בעלי זכויות לגבי אותה יצירה. ועוד מתאפיינת היא בתופעה שכיחה של פגיעה בזכויות הקניין, על דרך של שימוש ביצירה מבלי לקבל הרשאה ומבלי לשלם עבורו. הן המשתמש היחיד והן היוצר היחיד, המבקשים לעשות שימוש ביצירה, עומדים, איפוא, בפני עלויות עסקה גבוהות ביותר, הפוגעות ביכולת ההנאה שלהם מן היצירה. הגיון קיומו של תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים נשען על תובנה זו. המשתמש, העומד בפני זכות קניינית מוגנת, מבקש להנמיך את עלויות העסקאות שיצטרך לעשות כל אימת שיבקש לעשות שימוש ביצירה, לעיתים עשרות פעמים ביום, וכך גם מבקש הוא להגן על עצמו מפני תביעותיהם של בעלי זכות יוצרים באותה יצירה, אשר לעיתים זהותם אינה ידועה לו. בעל הזכות מבקש להנמיך הן את עלויות העסקה והן את עלות פעולות האכיפה שנועדו למנוע את הפרת זכותו. ככל שהתאגיד אכן גורם להנמכת עלויות העסקה ועלויות האכיפה, יש טעם להצטרף אליו. וכפי שכבר אמר בית הדין בפרשת הפדרציה, "...ניהול משותף של זכויות היוצרים הינה הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות הקול המוגנות ולאכופ את זכויותיהם של בעלי זכות ההשמעה ביצירות" (שם, פסקה 52).

22. אכן, זכות היוצרים העומדת ליוצר הינה זכות המוכרת כקניין רוחני, אולם התאגיד לניהול משותף לא נועד לאפשר לכלל בעלי הזכויות החברים בו לממש את זכותם במלוא היקפה, כאילו מצוי כל אחד ואחד מהם במשא ומתן מול המשתמש הבודד. ההיפך הוא הנכון, עצם קיומן של זכויות היוצרים, המחולקות לא פעם בין יוצרים שונים לגבי אותה יצירה, ריבוי העסקאות הנדרשות ועלויות העסקה והאכיפה הגבוהות, הן שדוחפות ליצירת תאגידים לניהול משותף של זכויות, וחבריו מוותרים, תמורת התועלות המפורטות לעיל, על היבטים מסויימים של זכות הקניין. לא למותר להזכיר, כי הגנת זכות יוצרים מעניקה ליוצר מעמד מונופוליסטי הטומן עימו חשש לפגיעה בציבור. על אחת כמה וכמה מתעצם החשש, כאשר מתאגדים היוצרים בתאגיד המהווה הסדר כובל, העולה כדי מונופול. תיקונה של הפגיעה באמצעות "רישיון כפייה" מוכר לדיני הקניין הרוחני (א. דינשטיין, "רישיון-כפייה בזכות-יוצרים", משפטים כ"א (תשנ"ב), 251; פרשת הפדרציה, פסקה 261), וממילא אין מניעה עקרונית להתנות את אישורו של ההסדר הכובל בתנאים המגבילים את זכות הקניין של היוצר הבודד ביצירתו. אין יסוד, אפוא, לטענות EMI ועננה לפיהן עומדים התנאים הנדונים בסתירה לחוק זכות יוצרים או להתחייבויות בינלאומיות של ישראל, או מהווים פגיעה בזכות יסוד חוקתית. עוד יש להעיר, כי התנאים אינם מונעים מבעלי הזכויות,



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

החברים או המיוצגים על ידי אקו"ם, להעניק רשיונות שימוש בזכויות שהעבירו לניהול התאגיד, ובלבד שלא יוכלו להעניק רישיון בלעדי (סעיף 2.4 לתנאים).

23. נכון יהיה, אם כן, לומר, כי התאגיד מוכר מוצר אחר מן המוצר אותו עשוי היה למכור כל אחד מבעלי הזכויות ביצירה, אלמלא העמיד אותה לניהולו של התאגיד. המוצר הנמכר עתה הוא רישיון השמיעה, ויתרונו הן לבעלי הזכויות בו, והן לציבור המשתמשים. טול ממוצר זה את המאפיין המשמעותי הזה, ועיקרת את הטעם בקיומו של התאגיד. ואכן זו הייתה גם תפישתו של בית המשפט העליון בארצות הברית בפרשת BMI:

"ASCAP does set the price for its blanket license, but that license is quite different from any individual owner could issue"
(Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.
441 U.S. 1 (1979)).

24. היענות לדרישת המתנגדות, לפיה יוכל כל בעל זכות ביצירה - הנתונה, על דרך העיקרון, למשטר של "רישיון שמיעה" - להחריג את זכותו בה, או להחריג חלקי שימוש נלווים, תגרום לכך שהמשתמש יאלץ לחזר על פתחיהם של כל יתר בעלי הזכויות ביצירה, ותעמיד אותו בפני הסיכון של תביעות, על אף שרכש רישיון כנדרש. כך גם יוכל היוצר - המחריג, להשיא את רווחיו על חשבון היוצרים האחרים השותפים ביצירה, ועל חשבון המשתמשים אשר לא יוכלו ליהנות מן התועלת לציבור, הגלומה בקיומו של תאגיד כזה. למעשה, מבקשות המתנגדות ליהנות מכל העולמות: הן מן היתרונות הגלומים בניהול היצירות באמצעות תאגיד המהווה הסדר כובל, והן ממתן ביטוי מלא לזכות הקניינית שיש ליוצר הבודד ביצירה, יהיה אשר יהיה חלקה בו. רוצה לומר, מבקשות הן ליהנות מן ההסדר הכובל מבלי שייאלצו לשלם כל מחיר הנדרש לשם איזון עם החסרונות הגלומים בו, ובכללם רכישת כוח שוק שניתן לנצלו לרעה, כפיית המשתמש לרכישת זכויות שימוש ביצירות רבות שאינו זקוק להם, ותיאום מחירים (על כך ראו בהרחבה בפרשת הפדרציה, פסקאות 58-81).

נוכח כל אלה, אני סבורה כי ההסדר הכולל שהציעה הממונה בסוגיה זו נותן מענה הולם לאיזונים הנדרשים בין ההגנה על התחרות לבין ההגנה על זכות הקניין של היוצר הבודד.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

סעיף 4 - פעולות אסורות

25. סעיף 4.5 אוסר על אקו"ם לנצל לרעה את מעמדה כבעלת מונופולין באופן העלול לפגוע בציבור או להפחית את התחרות בינה לבין תאגידים אחרים לניהול משותף, בינה לבין החברים בה, בין החברים לבין עצמם או בינם לבין אחרים. סעיף 4.6 קובע רשימת חזקות של "ניצול לרעה", כמו קביעת דמי רישיון בשיעור בלתי הוגן; צמצום או הגדלה של היקף רישיונות השימוש המוצעים על ידי אקו"ם, שלא במסגרת תחרותית הוגנת; קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקאות דומות, אשר יש בהם כדי להעניק למשתמשים או לחברים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם; והתנית מתן רישיון שימוש בתנאים שאינם נוגעים לנושא ההתקשרות.

אקו"ם מבקשת, כי יתווסף סעיף, 4.6א, אשר יאמר בו כי על אף האמור בסעיפים 4.5 ו- 4.6 הנ"ל, מקום בו פעולה של אקו"ם נוגעת לזכויות שאגודות אחרות לא העבירו אליה, ואקו"ם לא קיבלה רשות לנהלן בישראל, לא יהווה הדבר הפרה של התנאים האמורים.

26. נקודת המוצא היא, כי דיני ההגבלים העסקיים חלים על כל מי שיש לו פעילות בארץ. כפי שהאגודות הזרות יכולות לתבוע בישראל על הפרת זכות יוצרים שלהן, כך כפופות הן לחוק ההגבלים העסקיים, והן אף מופיעות כצד להסדר בבקשה לאישור הסדר כובל. הממונה השתמש בעבר, בקביעתו בעניין "גיימס ריצ'רדסון", ב"מבחן ההשפעות" (Effects Doctrine), כמבחן לפיו תקבע תחולת דיני ההגבלים העסקיים על הפעילות שבדיון. בקביעתו נאמר, כי "עובדת היות חברה זרה צד להסדר, אין בה, כשלעצמה, כדי למנוע מתחולת חוק ההגבלים העסקיים. חוק ההגבלים העסקיים חל על כל הסדר כובל שתוצאתו פגיעה בתחרות בישראל. לסוגיה זו משנה חשיבות בשל תופעת הגלובליזציה החופכת בשנים האחרונות דומיננטית כל כך במשק העולמי" (שם, סעיף 5.1). "מבחן ההשפעות" ממשיך הממונה ומציין באותה קביעה, אומץ במשפט האמריקני, ומשמש באיחוד האירופי לצד דוקטרינות נוספות, שלא זה המקום לפרטן. ואכן, קשה להעלות על הדעת פרשנות אחרת לדיני ההגבלים העסקיים, מלבד הפרשנות המוצעת. המלומדת מיכל גל מתייחסת לקביעה האמורה של הממונה בדברים אלה:



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

"The *James Richardson* decision was not appealed and thus was not subject to the scrutiny of the court. However, it is reasonable to presume, that the effects doctrine will also be applied by Israeli courts in a relevant case as part of the established customary international public law, especially in the area of antitrust. The prospect of such adoption is strengthened by two main reasons. First, the effects doctrine - or relatively similar version of it like the EU implementation doctrine - serves as a basis for the extraterritorial application of antitrust in many industrialized jurisdictions, including the US and the EU. ... Second, the adoption of the effects doctrine furthers the goals of the RTPL (היינו, הרשות להגבלים עסקיים), which is to prohibit anti-competitive conduct within Israeli markets" (Michal S. Gal, "Extra-territorial Application of Antitrust - The Case of a Small Economy (Israel)", Law & Economics Research Papers Series, Working Paper No. 09-03, <http://ssrn.com/abstract=1333151>, pg. 5).

27. עם זאת, יש לזכור, כי סעיף 4.6 הינו סעיף היוצר חזקות של ניצול מעמד לרעה. חזקה, מעצם טיבה, ניתנת לסתירה. לנוכח האמור לעיל, אין לקבל את עמדתה הגורפת של אקו"ם לפיה בכל מקרה המפורט בסעיף המוצע על ידה לא תהווה פעילותה משום ניצול מעמדה לרעה. הנטל יהיה על אקו"ם להראות, כי פעילותה אינה בבחינת ניצול לרעה של מעמדה, מן הטעם שהחברה הזרה לא העבירה לה את זכויותיה. לעיתים יהיה בנתון זה כדי לסתור את החזקה, ולעיתים לא. הכל לפי נסיבות העניין, לרבות נתוניה של החברה "הסרבנית".

סעיף 5 - קביעת דמי רישיון השימוש שישלם המשתמש

28. גם סעיף זה, כמו סעיף ההחרגות, היווה כר נרחב למחלוקת, הפעם בין אקו"ם, EMI ועננה מצד אחד, לבין הממונה, פרטנר וחברות הכבלים, מן הצד השני. הממונה מסבירה בחוות דעתה מאפריל 2009, כי השינויים שנערכו בסעיף זה ביחס לתנאי ההיתר הזמני הקודמים נועדו להגביר את כושר המיקוח של המשתמשים, תוך ניסיון למצוא את האיזון הראוי בין האינטרסים הלגיטימיים של המשתמשים לבין אלה של אקו"ם ושל חבריה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

29. סעיף 5 המוצע קובע מתווה שעל פיו בלבד תוכל אקו"ם לנקוט הליכים משפטיים כנגד משתמשים. על פי המתווה, בטרם נקיטת הליך משפטי על אקו"ם לפנות בכתב למשתמש ולהודיע לו מהם דמי הרישיון שהיא דורשת ממנו עבור השימוש ביצירות שברפרטואר שלה. עליה לצרף לנוסח הפנייה ("הפנייה הראשונה") העתק מנוסח התנאים לאישור ההסדר הכובל ולציין כי אם בתוך 90 יום לא יגיעו לידי הסכמה, תהיה היא רשאית לפעול בהתאם להוראות ההסדר. על אקו"ם לצרף לפנייה הראשונה שטר בוררות, בנוסח שיאושר על ידי הממונה, ולהודיע למשתמש כי אם לא ישלם את דמי השימוש הזמניים בתום 90 ימים ממועד הפנייה הראשונה, עבור התקופה שהחל ממועד הפנייה הראשונה, ובהעדר הסכמה על דמי הרישיון או הסכמה אחרת, בכוונתה לפנות לבית המשפט המוסמך בתביעה לכל סעד המוקנה לה בדין, לרבות צו מניעה זמני ופיצוי סטטוטורי. על אקו"ם להוסיף ולהודיע למשתמש כי אם יחתום על שטר הבוררות המצורף, וישלם את דמי השימוש הזמניים, תגיש אקו"ם את תביעתה במסגרת הליך בוררות. אקו"ם תאפשר למשתמש לבחור בורר מבין חמישה בוררים או יותר שקבע הממונה ושאושרו על ידי אקו"ם. הסעיף ממשיך ומפרט פעולות נוספות שעל אקו"ם לנקוט בתוך 90 הימים האמורים (פנייה שנייה ופנייה שלישית).

היה והמשתמש ישלם בתוך 90 הימים שממועד הפנייה הראשונה את דמי השימוש הזמניים, תהיה אקו"ם רשאית לפעול, על פי ההוראות הבאות: אקו"ם תוכל לפנות לבית המשפט המוסמך בתביעה לקבלת סעד המתייחס להפרש שבין סכום התמלוגים הנדרש על ידה לבין הסכום ששולם לה, ולא תהיה רשאית לעתור לצו מניעה זמני או לפיצויים סטטוטוריים. על אקו"ם יהיה להודיע לבית המשפט ולמשתמש כי היא מוכנה שבית המשפט יפעל כאמור בסעיף 79ב לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], תשמ"ד-1984, ויפנה את הסכסוך לבורר שייבחר מרשימת בוררים. עוד נאמר בסעיף, כי בתביעה תהא אקו"ם רשאית לתבוע תמלוגים עבור התקופה המתחילה במועד הפנייה הראשונה בלבד. אולם, אם נודע לאקו"ם על שימוש נמשך שנעשה ביצירות מן הרפרטואר שלה ללא רישיון כנדרש על פי דין, ואקו"ם פנתה למשתמש על פי המתווה המתואר לעיל לא יאוחר משנה מהיום בו נודע לה לראשונה אודות השימוש ללא רישיון, תהא רשאית לתבוע תמלוגים עבור כל תקופת השימוש בפועל.

אקו"ם תוכל לפנות לבית המשפט בבקשה לצו מניעה זמני ולפיצויים סטטוטוריים אם בתום 90 הימים ממועד הפנייה הראשונה לא שילם המשתמש דמי שימוש זמניים ולא הגיע לכל הסכמה אחרת עימה.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

על פי הצעת הממונה, על אקו"ם להסכים לכך שהקביעה השיפוטית תחול לתקופה מינימאלית שמיום הפנייה הראשונה ועד שלוש שנים מיום מתן פסק הדין. ההכרעה השיפוטית תשמש אמת מידה מנחה לעניין גובה התמלוגים שתוכל אקו"ם לדרוש ממשתמשים דומים.

אלה עיקרי ההוראות שבסעיף 5.

30. אקו"ם, EMI ועננה סבורות כי יש למחוק את סעיף 5 לחלוטין. לטענתה של אקו"ם, הסעיף שולל ממנה את זכותה החוקתית לפנות לערכאות ולברר בפניהן את סכסוכיה, כי הוא מפקיע ממנה זכויות קנייניות שהוקנו לה בחוק וכי הוא מעוות את התמריצים שקבע החוק לעשיית שימוש ביצירות מוסיקליות כדין, ולמעשה מעניק "פרס" למשתמש שהצליח להסוות את פעילותו הגזלנית. אקו"ם עמדה בטיעונה בעל פה על כך שהתנאים מאפשרים לגזלן להחזיק בגזילה במשך 90 ימים מיום הפנייה הראשונה מבלי לשלם, כי התנאים מאפשרים לו לבחור בחלופה הנוחה לו לתשלום דמי שימוש זמניים, בעוד שהסיכון החמור ביותר, מבחינתו, אם יתגלה ואקו"ם תנקוט נגדו הליכים, שיהיה עליו לעמוד בדרישה של אקו"ם לו הייתה מופנית אליו מלכתחילה. הסדר זה יוצר תמריץ שלילי, ומבחינתו של המשתמש אין, למעשה, כל סיכון שהוא נוטל על עצמו כשהוא בוחר להימנע מפנייה לאקו"ם לשם קבלת רישיון שימוש. לטענת אקו"ם, כשהמדובר בקניין רוחני, התמריץ השלילי שנוצר על ידי המתווה המתואר לעיל חמור פי כמה, שהרי אין הגנה על קניין כזה אלא הגנה משפטית, בראש ובראשונה באמצעות צו מניעה. עוד נטען על ידי אקו"ם, כי ההנחה העומדת ביסוד המתווה, המחייב תקופה של 90 יום למן הפנייה הראשונה לשם ניהול משא ומתן, לפיה בכך ינוטרל האפקט המונופוליסטי של אקו"ם, אין לה יסוד. הטעם לכך שאקו"ם ממילא צריכה לפנות לבית המשפט כדי לדרוש תמלוג עבור שימוש וכדי לקבל צו מניעה או פיצוי סטטוטורי. לבית המשפט שיקול דעת, ואין כל הצדקה למנוע את הגישה לבית המשפט, המסוגל לדון בסכסוך ולהכריע בחילוקי הדעות העובדתיים. אשר לחיוב לנהל הליכי בוררות, המדובר, לטעמה של אקו"ם, בהפרטת מערכת המשפט. יתרה מזאת, אין לבורר מחויבות כלפי פסיקה של בורר אחר, ולפיכך נשלל מאקו"ם היתרון של השגת החלטות קוהרנטיות הניזונות מערכן המחייב של החלטות שיפוטיות.

אם לא יבוטל הסעיף, מציעה אקו"ם שתי חלופות. על פי החלופה האחת, יחול הסעיף רק על משתמש שפנה מיוזמתו לאקו"ם בבקשה לקבל רישיון והוא מעוניין לחלוק על דמי הרישיון המבוקשים ממנו, והסעיף לא יחול על משתמש שסוד פעילותו בהפרה. על פי החלופה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

השנייה, מבקשת אקו"ם להותיר את הגנת הסעיף רק ביחס למשתמשים העושים שימוש בזכות הביצוע הפומבי בלבד (למעט זכות השידור). אקו"ם סבורה, כי בכל מקרה אין להצדיק מתן הקלות להפרת דין על ידי משדרים, חברות טלפוניה סלולארית, מפיקי תקליטים וכו', שהשימוש שהם עושים ביצירות הינו רחב היקף, והוראות הדין אמורות להיות נהירות להם. אם תתקבל חלופה זו, אזי מבקשת אקו"ם כי תיקבע סנקציה הולמת גם לגבי משתמשים העושים שימוש בזכות הביצוע הפומבי בלבד (מסעדות, אולמות שמחה), באופן שלצד ההגנה שתוקנה להם מכוח סעיף 5, יינתן להם תמריץ הולם לפנות מלכתחילה לאקו"ם בבקשת רישיון. דוגמא לתמריץ כזה היא ההצעה של אקו"ם לפיה תהא היא רשאית לדרוש ממשמש כזה כפל תמלוג עבור התקופה שעשה שימוש ביצירותיה ולא פעל להשגת רישיון.

EMI ועננה חזרו בטיעוניהם על עיקר טענותיה של אקו"ם.

31. חברות הכבלים ואיגוד המסעדות סבורות כי לאקו"ם כוח מונופוליסטי רב ועל כן זקוקים המשתמשים להגנות הקבועות בסעיף 5. אף פרטנר מתנגדת לבקשה לבטל לחלוטין את סעיף 5, ומוכנה, לחילופין, לקבל את ההצעה החלופית השנייה שמציעה אקו"ם. לדידה, הרציונאל העומד בבסיס סעיף 5 הוא לאפשר משא ומתן אמיתי מול אקו"ם, מבלי שחבר הסעדים הזמניים מרחפת מעל ראשו של המשתמש, הנתון לאיום שאקו"ם תפנה לבית המשפט ותוציא נגדו צו מניעה שיביא לסגירת העסק. לפיכך ניתנת למשתמשים תקופת ההגנה מבלי שהם נתונים לאיום זה, ובמהלכה הם נדרשים לשלם תמלוגים זמניים סבירים.

32. הממונה דוחה את טענותיהן של אקו"ם, EMI ועננה. ראשית טוענת היא, כי לא ניטלה מאקו"ם כל זכות חוקתית או קניינית קנויה. אקו"ם פועלת במסגרתו של הסדר כובל העולה כדי מונופולין. ללא אישור בית הדין, פעילותה של אקו"ם אסורה. אין לאדם זכות קנויה לעשות הסדר כובל, ואין בעובדה שלחברי אקו"ם, הפועלים כבודדים, מוקנות זכויות מכוח חוק זכות יוצרים, כדי להעניק זכויות אלה לפעילותם במסגרת הסדר כובל. ככל שחברי אקו"ם מבקשים לממש זכויות אלה באורח עצמאי ובלתי מתואם, הרי שהתנאים מבטיחים כי יוכלו לעשות כן, באמצעות הסעיפים המאפשרים לחברי אקו"ם לערוך התקשרויות עצמאיות עם המשתמשים בלא תיווכה של אקו"ם. אולם כאשר מבקשים הם לפעול בצורה מתואמת וליהנות מיתרונותיה של התקשרות משותפת, עליהם להכפיף עצמם להוראות חוק ההגבלים העסקיים ולתנאים הנדרשים, על מנת להבטיח שלא יהיה ניצול לרעה של הכוח שהם מבקשים לרכוש לעצמם.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

לטענת הממונה, כוחם הרב של חברי תאגיד לניהול משותף, החברים לשם קביעה משותפת של מחירים ושל תנאים לרשיונות השמעה, תוך שימוש בהגנות המיוחדות המוענקות לבעלי זכויות יוצרים, מקנה להם יכולת רבה ביותר לקבוע באופן חד צדדי את תעריפי התמלוגים, בלא שיש בידי המשתמשים אפשרות לחלוק על קביעות אלה. משתמש המשמיע מוסיקה בפומבי או משדרה מבלי שיש בידיו רישיון תקף, מצוי במצב של הפרת זכות יוצרים, וחשוף לסנקציות שונות, כגון פיצויים סטטוטוריים, העולים על פי רוב בשיעור ניכר על דמי הרישיון הנדרשים ממנו. כך גם חשוף משתמש כזה לסכנה שיינתן נגדו צו מניעה זמני, והנזק הטמון בצו כזה עולה עשרת מונים על שיעור דמי הרישיון. בעיה זו מחריפה נוכח היקף היצירות המונופוליסטי בו מחזיקה אקו"ם, והיעדר יכולתם של משתמשים רבים להתקיים בלא שימוש ברפרטואר זה. הממונה מדגישה את ההבדל שבין כוח האכיפה המצוי בידיו של בעל הזכות הבודד לבין תאגיד לניהול משותף, אשר בידיו משאבים כספיים רבים ומומחיות מקצועית, המאפשרים לו לנקוט הליכים משפטיים. כך גם בולט ההבדל בין האיום לו חשוף המשתמש הזקוק לרפרטואר רחב, המוחזק בידי התאגיד, לבין רפרטואר קטן של בעל זכויות בודד, אשר לעיתים יוכל המשתמש לוותר על השימוש בו.

נוכח מצב דברים זה נקבע בתנאים מנגנון הכרעה חיצוני, שנועד לאפשר למשתמשים לשאת ולתת עם הארגון מבלי שחרב צו המניעה הזמני או הפיצויים הסטטוטוריים תרחף מעל ראשם. בית הדין הכיר בחשיבותו של מנגנון זה, הדומה למנגנון הקיים במדינות אחרות, בהחלטתו בעניין הפדרציה. סעיף 5 נועד ליתן בידי המשתמש כלים שיקנו לו כוח מיקוח רב יותר, ויאפשרו לו לנהל משא ומתן יעיל יותר. כך גם נועד הוא לתמרץ את אקו"ם לנהל משא ומתן עם המשתמש, בפרק הזמן שנקבע לכך (90 יום). לפיכך מוצע, כי במקרה של מחלוקת לגיטימית באשר לגובה התמלוגים, יוכל המשתמש לשלם דמי שימוש זמניים המשקפים בצורה הוגנת את שווי דמי השימוש הראויים לפי מספר חלופות, תוך שבמהלך תקופת המשא ומתן נמנעת מאקו"ם האפשרות לממש את יכולתה להגיש תביעות משפטיות במטרה לקבל צווי מניעה ופיצויים סטטוטוריים. עוד סבורה הממונה, כי יש במתווה כדי להגן על משתמשים חדשים, קטנים, ותמי לב, שלא בהכרח מבינים ויודעים על חובתם לשלם תמלוגים עבור השימוש ביצירות שברפרטואר אקו"ם. המתווה שנקבע ימריץ את אקו"ם לפנות למשתמשים אלה, ליידע אותם על חובתם לשלם תמלוגים ולנהל עימם משא ומתן. עם זאת, התנאים מאפשרים לאקו"ם לפנות לבית המשפט בדרישה לקביעת שיעור התמלוגים הקבוע ולתביעת ההפרש שבין דמי השימוש הזמניים לבין השיעור שיקבע בית המשפט. בחלוף 90 יום, רשאית אקו"ם לבחור בכל סעד משפטי כלפי משתמש שאינו משלם דמי



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

שימוש זמניים. הממונה סבורה כי תנאים אלה מבטאים איזון ראוי ומידתי בין האינטרסים של אקו"ם לבין האינטרסים של המשתמשים.

הממונה דוחה את טענת אקו"ם לעניין תקופת ההתיישנות הקצרה שיוצרים התנאים. אקו"ם נדרשת לפנות למשתמש תוך שנה מיום שנודע לה על ההפרה, או אז תוכל לתבוע אותו על כל תקופת השימוש בפועל. התנאים אינם מונעים, אפוא, מאקו"ם, לקבל לידיה את מלוא דמי התמלוגים המגיעים לה עבור כל תקופת השימוש בפועל, אלא שעליה להזדרז ולהתריע בפני המשתמש על השימוש שלא כדין, בתוך פרק זמן של שנה למן היום בו נודע על ההפרה.

עוד דוחה הממונה את הצעתה החלופית של אקו"ם, לפיה יחול סעיף 5 אך על משתמש שפנה מיוזמתו לאקו"ם. לדבריה, אי הפנייה אינה משקפת בהכרח התנהלות גולנית מודעת, ובנסיבות אלה אין הצדקה לכך שאותו משתמש יהיה חשוף לכל הסעדים והכוחות שניתנו לאקו"ם כחסדר כובל, מבלי שתהיה נתונה בידיו היכולת לנהל משא ומתן.

33. על דרך העקרון, הצעתה החלופית של אקו"ם לפיה תעמוד הגנת הסעיף רק ביחס למשתמשים העושים שימוש בזכות הביצוע הפומבי בלבד (למעט זכות השידור) מקובלת עלי, ואני סבורה כי היא מאוזנת יותר. נראה כי פעמים רבות, משתמשים העושים שימוש בזכות הביצוע הפומבי יהיו אלה שאינם פועלים במכוון תוך הפרת זכות יוצרים. אלה אותם "משתמשים קטנים", כגון בעלי מסעדות או עסקים מסוג דומה, המבקשים להשמיע יצירות מוסיקליות במהלך ניהול עסקיהם. יתרה מזאת, הביצוע הפומבי, להבדיל משימושים אחרים, פגיעתו בזכות מוגבלת לעצם ניצולה מבלי לשלם תמלוגים. אין היא יוצרת תנאים להעצמת הפגיעה, כגון על ידי הקלטה חוזרת או הורדה מאתרי אינטרנט. יש הצדקה למנגנון המגביל את יכולת הפנייה של אקו"ם לערכאות לשם קבלת סעדים מידיים ככל שהוא נועד להגביר את כוח המיקוח של משתמשים כאלה, אל מול פעילותו של התאגיד, המהווה הסדר כובל. בפתח הדברים תארתי את חסרונותיו של ההסדר הכובל, ובכללם רכישת כוח שוק ותיאום מחירים. הטלת חובה על התאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים להקנות למשתמש מן הסוג האמור פרק זמן בו ניתן יהיה לנהל משא ומתן, מבלי שחרב צו המניעה הזמני יונח על צווארו, אכן מהווה מיתון של כוח השוק של התאגיד. איש לא יחלוק, כי הוצאת צו מניעה זמני עלולה להיות הרסנית לעסקיו של המשתמש ה"קטן", אשר במקרים רבים עלול להתקשות בהתמודדותו מול התאגיד, שלו היכולת המקצועית והמשאבים לניהול הליכים כנגד מפרים. לכך יש להוסיף, כי לא פעם, במקרים אלה אין המדובר בהפרה מודעת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

של זכות יוצרים. המתווה הקבוע בתנאים יביא לכך שהמשתמש בזכות הביצוע הפומבי, החולק על עצם חיובו לשלם דמי שימוש או על גובה דמי השימוש, חייב יהיה להתחיל ולשלם דמי שימוש זמניים בתוך 90 יום למן היום בו נעשתה אליו הפנייה הראשונה, ולפיכך הטענה כי הוא מותיר את בלעו בפיו תוך הפרת זכויות יוצרים אינה מדויקת. היה ולא ישלם בתוך תקופה זו, תוסר מעליו ההגנה מפני צווי מניעה שיפטיים ומפני פיצויים סטטוטוריים, וניתן להניח כי יש בכך משום הרתעה מספקת. כך גם אין בידי לקבל את הסתייגותה של אקו"ם מן המנגנון המאפשר למשתמש לבחור מבין מספר חלופות, את זו הנוחה לו לשם תשלום דמי שימוש זמניים. המדובר במצב דברים בו קיימות מחלוקת בין אקו"ם לבין המשתמש, והכרעתה בסופו של יום אינה מוכתבת על ידי החלופה בה בחר המשתמש באופן זמני. היה ותתקבל עמדת אקו"ם, יהיה עליו לשלם את ההפרש שבין דמי השימוש על פי החלופה בה בחר, לבין גובה התגמול שנקבע בפועל.

מנגד, ככל שהמדובר בשימוש בזכויות אחרות, איני רואה הצדקה למנוע מאקו"ם את זכות הגישה לערכאות לשם קבלת צו מניעה מיידי, שכן, כאמור לעיל, בשימושים אלה טמון פוטנציאל משמעותי להעצמת הפגיעה בזכויות היוצרים המופרות, והמדובר בפגיעה שהיא ללא תקנה, שכן במקרים רבים לא ניתן יהיה לאכוף תשלום דמי שימוש מכל מי שהצליח להעתיק יצירה ששודרה בלא רישיון. זאת ועוד, כשהמדובר בשימוש בזכויות שאינן הזכות לביצוע פומבי, אין לקבל את נקודת המוצא שהמדובר במשתמשים תמימים, שלא היו מודעים לחובה לקבל רישיון מאקו"ם. מסקנתי היא, כי החלופה השנייה שהוצעה על ידי אקו"ם היא החלופה הראויה, למעט ההצעה לפיה תהיה אקו"ם רשאית לדרוש ממשתמש שעשה שימוש בזכות הביצוע הפומבי בלבד כפל תמלוג עבור התקופה בה עשה זאת בלא רישיון. הצעה זו אינה מתיישבת, לטעמי, עם התפישה היסודית ביחס למשתמשים העושים שימוש בזכות הביצוע הפומבי, כפי שפורטה לעיל, וכאשר אקו"ם יכולה לבוא על מלוא נוקה על ידי קבלת התגמול הראוי משהתבררה ההפרה.

34. בהקשר זה אוסיף, כי לא מצאתי יסוד לטענה כי התנאי, לפיו תוכל אקו"ם לתבוע דמי שימוש עבור מלוא תקופת ההפרה אך ורק אם תפנה למשתמש בתוך שנה מיום שנודע לה על ההפרה, מהווה הכבדה בלתי ראויה על אקו"ם. פרק זמן של שנה לצורך פנייה למשתמש אינו בלתי סביר. אין המדובר, כטענת אקו"ם, בקיצור תקופת התיישנות, שכן השנה העומדת לרשותה של אקו"ם לשם פתיחה בהליכי אכיפה היא למן היום בו נודע לה על ההפרה, ולא מיום ההפרה עצמה. הערה זו נכונה הן ביחס למשתמש שעשה שימוש בזכות הביצוע הפומבי והן ביחס למשתמשים אחרים.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

סעיף 5.6.2: משך תוקף קביעת בית המשפט בעניין דמי הרישיון

35. בנייר העמדה מאפריל 2009 הודיעה הממונה, כי היא מבקשת לשנות את הסעיף, שבנוסחו המקורי הותיר לשיקול דעתה של אקו"ם את האפשרות לבקש מבית המשפט לקבוע את גובה התמלוגים הראוי למשתמש לתקופה מינימאלית שמיום הפנייה הראשונה ועד שלוש שנים ממועד מתן פסק הדין, וכן אפשר לה להודיע לבית המשפט כי היא מבקשת שבית המשפט יקבע סעד זמני של דמי שימוש זמניים ואת גובהם, לתקופה שהחל ממועד הפנייה הראשונה ועד למועד מתן ההחלטה בדבר גובה התמלוגים הקבוע. השינוי שביקשה הממונה לעשות בסעיף הוא ביטול שיקול דעתה של אקו"ם בשני העניינים הנ"ל, היינו, כי בפנייתה לבית המשפט תהיה אקו"ם מחויבת להודיע כי היא מבקשת שהתמלוגים שייקבעו יהיו לתקופה המינימאלית האמורה, וכן תהיה מחויבת להודיע כי היא מבקשת כי יקבע סעד זמני של דמי שימוש זמניים וגובהם, לתקופה האמורה לעיל.

החסר שניתן לכך על ידי הממונה הינו, שניהול הליכים משפטיים כרוך בהוצאות ובמשאבים רבים מצידו של המשתמש, וכי מטרתה של ההוראה בנוסחה המעודכן היא להבטיח, כי מקום בו התנהל דיון בבית המשפט בעניינו של משתמש, המבקש לחלוק על גובה התמלוגים, יתאפשר לו ליהנות מפירות ההליך המאומץ הזה לפרק זמן מינימאלי. הממונה רואה בכך הגנה ראויה למשתמש מפני הצורך לשוב ולנהל הליכים משפטיים לעיתים קרובות, ולפיכך אין להותיר את האפשרות לבקש מבית המשפט כי קביעתו תחול לתקופה המינימאלית האמורה לשיקול דעתה של אקו"ם. לטענת הממונה, אקו"ם, המתנגדת להצעה, אינה מראה טעם טוב מדוע פסיקת בית המשפט, שהתקבלה לאחר דיון, לא תימנע תיקון כלפי מעלה זמן קצר לאחר שניתנה, ומדוע אין לאפשר לבית המשפט לקבוע את גובה התמלוגים הראוי עבור משתמשים מאותו סוג לתקופה מינימאלית של שלוש שנים. כמו כן טוענת היא כי יש בסעיף, כנוסחו המעודכן, כדי לעודד הכרעות שיפוטיות בדבר גובה התמלוגים הראוי ובדבר סבירות התעריפים. הכרעה שיפוטית אף תשמש אמת מידה מנחה לעניין גובה התמלוגים שתוכל אקו"ם לדרוש ממשתמשים דומים, ולפיכך יש בעמדת אקו"ם, המבקשת לצמצם את נפקות קביעותיו של בית המשפט, כדי לחתור תחת תכלית התנאים. זאת ועוד, קביעת בית המשפט היא בין אקו"ם לבין משתמש ספציפי, והמגבלה לפיה פסק הדין יעמוד בתוקפו במשך 3 שנים חלה רק לגביו, על מנת שהלה לא יאלץ לשוב ולהתדיין עם אקו"ם מיד עם סיום ההתדיינות הקודמת. ואילו ככל שאקו"ם תבקשת לשנות את תעריפיה באופן כללי, ממילא לא תהיה כבולה בפסק הדין. ככל שתתעורר שאלת



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

השוויון, הרי שאם אקו"ם תרצה להעלות את התעריף, תוכל פסיקת בית המשפט לשמש אמת מידה לתשלום דמי שימוש זמניים.

36. אקו"ם טוענת, כי הנוסח המוצע יגרום לכך שבמשך השנים תצטברנה הכרעות שיפוטיות סותרות, וכי לעולם לא תוכל לערוך שינוי במבנה התעריפים, שהרי הכרעה שיפוטית אחת תחול באופן רוחבי על כלל המשתמשים הדומים מכוח איסור האפליה ביניהם.

37. בסוגיה זו אני רואה קושי בעמדת הממונה. אכן, לכאורה, פסק דין הניתן בהתדיינות בין אקו"ם לבין משתמש מסוים, אינו חל על כלל המשתמשים, ומאפשר לאקו"ם לשנות את התעריף הכללי לאותו סוג של שימוש. אלא שאז מתעוררת השאלה מדוע יהנה המשתמש שניתן בעניינו פסק דין, מתעריף מוזל במשך 3 שנים, בעוד שאחרים, הדומים לו, ישלמו יותר, ובית המשפט אף עשוי לקבוע, אם יבקשו לנהל דיון על כך, כי התעריף שהוחל עליהם הינו תעריף הוגן. כך גם, וכפי שהממונה אומרת מפורשות, ההשלכה של אותה קביעה, האמורה לעמוד בתוקפה במשך 3 שנים למן מועד מתן פסק הדין, הינה השלכה רחבה שכן היא עשויה לשמש אמת מידה לקביעת דמי שימוש זמניים עבור משתמשים דומים, ותפגע ביכולתה של אקו"ם לערוך שינוי בתעריפיה. מצאתי טעם גם בטענתה של אקו"ם לפיה עלולה היא לעמוד בפני הכרעות סותרות של בתי משפט שונים. לכך יש להוסיף, כי ניהול הליך בבית המשפט הינו לא פעם עניין ממושך. הקפאת יכולתה של אקו"ם לערוך שינוי בתעריף במשך 3 שנים לאחר שניתן פסק הדין אינה מידתית, בנסיבות אלה, גם אם המדובר במערכת היחסים שבינה לבין המשתמש שעניינו הוכרע באותו פסק דין, בשים לב להשלכות של כל פסק דין על משתמשים דומים. אקו"ם תתקשה להעלות את תעריפיה באופן המתעלם מהחלטות שיפוטיות רלבנטיות, ויהיה עליה להתמודד עם האמור בהן ועם המתחייב מהן כהשלכת רוחב למקרים דומים. לא למותר להוסיף, כי ככל שאקו"ם תגרום להתדיינות בלתי מוצדקת עם אותו משתמש, שזה עתה הסתיים בירור המחלוקת עימו בפסק דין, תהיה צפויה להוצאות. ניתן להניח כי לשיקולים אלה תהיה השפעה מרסנת על התנהלותה. נראה, אפוא, כי די בכך שפסקי הדין ישמשו אמת מידה לקביעת גובה דמי השימוש לגבי משתמשים דומים, מבלי שתחולתו של פסק הדין תהיה חייבת לעמוד למשך 3 השנים שלמן מועד נתינתו.



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

38. מסקנתי הינה, אפוא, כי בנקודה זו יש לקבל את הסתייגותה של אקו"ם ולהותיר את נוסחו של סעיף 5.6.2 לתנאים כפי שהוצע מלכתחילה, ותתווסף אליו הסיפא המוצעת באותו סעיף, אשר לגביה לא הייתה הסתייגות.

סעיפים 10-11 – מינוי דח"צים ותוכנית אכיפה פנימית

39. הממונה מבקשת להוסיף חובת מינוי דח"צים בשיעור של שליש מחברי הדירקטוריון של אקו"ם, ולקבוע כי דח"צים אלה יהיו אחראים על תכנית האכיפה הפנימית. את עמדתה מסבירה הממונה ב"בעיית הנציג", המתעוררת ביתר שאת בשל ביזורם הרב של בעלי המניות בתאגיד ובצורך בפיקוח מקצועי על עניינם, בדומה להוראה שקבע בית הדין בעניין הפדרציה. פרטנר תומכת בעמדה זו, ואילו חברות הכבלים מציעות, בנוסף, כי יוחלו על אקו"ם כללי המשפט המנהלי, בטענה כי יש לראות באקו"ם גוף דו מהותי.

40. אקו"ם מתנגדת לעמדת הממונה ממספר טעמים: הממונה לא הצביעה על פגם ספציפי; מינוי דח"צים לא נועד לפתור מחלוקות פנימיות; מבנה הדירקטוריון הנוכחי מייצג נאמנה את בעלי המניות; בניגוד לחברות ציבוריות, בהן נחוץ מינוי דח"צים כדי לחגן על זכויות המיעוט, הרי שבמקרה של אקו"ם מבטיח התקנון ייצוג לכל אחת מקבוצות היוצרים החברים בה, ובנוסף אין באקו"ם בעל שליטה, ולפיכך ניגוד העניינים הבסיסי בין בעלי השליטה לבין המיעוט אינו קיים. עוד טוענת אקו"ם כי יש בה מוסד בוררות פנימי, בראשות שופט בדימוס של בית המשפט העליון, וגם מטעם זה אין צורך בגורם נוסף שיכוון את פעילותה; אשר לטענה בדבר המומחיות של הדח"צים, הרי שהמדובר בעניין פנימי של אקו"ם ובשיקולי היעילות שלה. אקו"ם טוענת כי יש להבחין בין בחירתה במינוי דח"צ, מטעמי יעילות הניהול, לבין כפיית המינוי על ידי בית הדין.

לחילופין מבקשת אקו"ם כי תידרש למנות שני דירקטורים חיצוניים בלבד.

41. בתגובתה מפנה הממונה את תשומת הלב לכך כי גם בחברות ציבוריות קיימת חובת מינוי דח"צים, נוכח בעיות הנציג המובנות בין בעלי המניות, הדירקטוריון וההנהלה. כמו כן טוענת היא כי אין בעצם הייצוג בדירקטוריון אקו"ם כדי להבטיח ייצוג מקצועי ונאות, שכן אין חלות על הדירקטורים באקו"ם הוראות הכשירות הבסיסיות החלות על דירקטורים בחברות ציבוריות, לא כל שכן הוראות הכשירות המורחבות שנקבעו לדח"צים בחברות אלה



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

(סעיף 224א וסעיף 240 (א1) לחוק החברות, תשנ"ט-1999). הממונה מדגישה כי הדברים חלים מקל וחומר על אקו"ם, שבעלי המניות בו אינם מומחים בנושאים משפטיים-כלכליים.

42. כעולה מעמדתה של אקו"ם, היא עצמה מכירה בצורך במינוי דח"צים, "על מנת לחזק את אופיו הניהולי-מקצועי-כלכלי של דירקטוריון אקו"ם" (סעיף צג לתגובתה). יוזכר, כי בין יתר חסרונותיו של תאגיד מסוגו של אקו"ם, יש למנות גם את החשש מפני ניצול כוח השוק כלפי בעלי הזכויות עצמם. מינוי דח"צים, במספר ממשי, אשר בידיהם גם תפקיד תכנית האכיפה הפנימית, יש בה משום אפקט מרסן להשלכות אלה, במיוחד כאשר חברי התאגיד מבוזרים, ואינם בעלי מומחיות בניהול תאגיד מן הסוג הנדון. לפיכך, עמדתה של הממונה מקובלת עלי.

43. אשר לבקשת חברות הכבלים להחיל על אקו"ם את כללי המשפט המנהלי, הרי שבקשה זו אינה נהירה לי. על פניו, אקו"ם אינה "גוף דו מהותי", על פי המבחנים שפותחו הפסיקה (בג"צ 731/86, בשג"צ 91/87 מיקרו דף נ' חברת החשמל לישראל ואח', פ"ד מא (2), 449; ע"א 294/91 חברת קדישא גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום, פ"ד מו(2) 464; ע"א 3414/93 און נ' מפעלי בורסת היהלומים (1965) בע"מ, פ"ד מט(3), 196). המדובר בתאגיד הדואג להבטחת קניינם הפרטי של החברים בו והמיוצגים על ידו. בצדק קובעת הממונה כי היבטיו ה"ציבוריים" של התאגיד מתבטאים בהשלכות ההגבליות של פעילותו, הגוררות פיקוח של הרשות להגבלים עסקיים. מכל מקום, איני מוצאת הצדקה לקביעה גורפת לפיה יש להחיל על אקו"ם את כללי המשפט המנהלי, שהרי גם לו נכון היה לראותה כגוף דו מהותי, אין נובעת מכך מסקנה טריוויאלית, לפיה חלים עליה כל כללי המשפט המנהלי (ראו לעניין זה דברי כבי' השופט זמיר בפרשת בורסת היהלומים לעיל, בעמ' 207). יהא הדבר אשר יהא, התקשיתי להבין כיצד הקביעה המתבקשת היא בבחינת "תנאי" לאישורו של ההסדר הכובל.

נושאים נוספים

אכיפת תנאי ההיתר על ידי הפקדת ערבות מטעם אקו"ם

44. חברות הכבלים מציעות לדרוש מאקו"ם להפקיד ערבות, אשר תחולט היה ותפר את התנאים. אקו"ם מתנגדת לדרישה זו בטענה כי אין לממונה סמכות ליצור חיוב כספי, וכי לגופו של עניין אין הצדקה לכך. יתרה מזאת, הכסף שיופקד כערבות יגרע מתקציבה של אקו"ם, תוך פגיעה ביוצרים החברים בה. הממונה הותירה סוגיה זו לשיקול דעת בית הדין, תוך שהיא כופרת בטענת הסמכות שהועלתה על ידי אקו"ם (בעניין זה הפנתה לה"ע 706/07



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

בזק נ' הממונה על ההגבלים עסקיים). עם זאת, במהלך הדיון העירה ב"כ הממונה כי רשות ההגבלים העסקיים מקדמת תזכיר חוק, שייקבע מנגנון של עיצומים כספיים, אשר יחול במקרים שונים של הפרת החוק, לרבות הפרת תנאים שנקבעו על ידי בית הדין. ככל שהתזכיר יהפוך לחוק, הרי שלא יהיה עוד טעם במסלול האכיפה המקביל של הפקדת ערבות. הדין עם הממונה בסוגיית הסמכות, אולם לגופו של עניין איני מוצאת הצדקה לחיובה של אקו"ם בהפקדת ערבות כתנאי לאישור ההסדר הכובל. דווקא ההשוואה עם עניין בזק הנ"ל, אליו הפנו חברות הכבלים, מובילה למסקנה כי אין מקום לחיובה של אקו"ם בהפקדת ערבות. באותה החלטה, קיבל בית הדין את עררה של בזק על החלטת הממונה לדחות את בקשתה לאישור מיזוג, תוך שהוא מעמיד בפני בזק תנאים שונים, ובכללם הפקדת ערבות. המדובר היה בעניין מורכב לאין ערוך מן העניין שלפניי, והחשש שליווה את בית הדין, כך נראה, מפני הפרת התנאים שהעמיד בדרך לאישור המיזוג הצדיק את התנייתו בהפקדת ערבות בסכום גדול ביותר. בענייננו המדובר באישור הסדר כובל על דעת הממונה, מתוך נקודת מוצא לפיה לא ניתן כלל להתנהל אחרת בשוק בו מדובר, והסוגיות שנתרו להכרעה הן טיבן של התנאים. לא הוצגו בפני בית הדין נתונים בדבר הפרות משמעותיות, חזרות ונשנות, בשנים בהן פועלת אקו"ם מכוחם של ההיתרים הזמניים שאושרו על ידי בית הדין מעת לעת.

משך תחולתם של הכללים

45. בקשת אקו"ם לפיה משך תחולתם של הכללים יעמוד על 10 שנים מיום אישורם נראית בעיני בלתי סבירה. הצעת הממונה, לפיה יעמדו התנאים בתוקפם למשך 5 שנים למן מועד אישורם על ידי בית הדין הינה הצעה מאוזנת, המביאה בחשבון הן את הרצון למנוע התדיינויות חוזרות ונשנות והן את הצורך לשוב ולבחון את התנאים ולהתאימם לנתונים המשתנים.

יתר התנאים

46. ככל שלא היו לצדדים הערות ביחס לתנאים שונים שבהיתר, או ככל שלנוכח הבהרות שניתנו על ידי הממונה חזרו בהם הצדדים מהערות שהעירו - לאחר שעיינתי בהם והגעתי אף אני למסקנה כי הינם ראויים, יש לראותם כמאושרים. מלבד תנאים אלה, והתנאים עליהם עמדתי בהרחבה לעיל והכרעתי כפי שהכרעתי, נותרו תנאים נוספים כשהם שנויים במחלוקת, בין בשל הערות של אקו"ם אשר לא התקבלו על דעתה של הממונה, בין בשל הערות של המתנגדות שלא התקבלו על דעתה, או מקום שהממונה קיבלה את הערות צד כלשהו - לעיתים בניגוד לעמדת חברו - לנוסח המוצע על ידה, ושלבה אותן בנוסח תוך



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

תיקונו בהתאם. לגבי תנאים אלה, שיפורטו להלן, עמדת הממונה נראתה בעיני, על טעמיה, ולא מצאתי לנכון להוסיף עליה. לפיכך אני קובעת, כי התנאים הללו יהיו על פי הנוסח המוצע על ידה. הכוונה לסעיפים הבאים:

כל ההערות המתאייחסות לסעיף 1; ההערות המתאייחסות לסעיף 2.1; ההערות ביחס לסעיף 2.3 על תת סעיפיו (למעט הסוגיה העקרונית בעניין זכות ההחרגה, אליה נדרשתי לעיל); ההערות ביחס לסעיף 2.4; ההערה ביחס לסעיף 3 והבקשה להוסיף את סעיף 3.3; ההערה ביחס לסעיף 4.3.1; ההערה ביחס לסעיף 4.3.2; ההערה ביחס לסעיף 4.3.5; ההערה ביחס לסעיף 4.4; הבקשה להוסיף סעיף חדש, 4.6; ההערות ביחס לסעיף 4.6.1; ההערות ביחס לסעיף 4.6.2; ההערה ביחס לסעיף 4.6.3; ההערה ביחס לסעיף 4.6.5; ההערה ביחס לסעיף 4.7; ההערה ביחס לסעיף 4.8; ההערה ביחס לסעיף 4.9; ההערה ביחס לסעיף 4.10; ההערות הפרטניות ביחס לתתי הסעיפים שבסעיף 5 (להבדיל מן המחלוקת העקרונית בה דנתי לעיל): סעיף 5.1 והבקשה להוסיף סעיף חדש 5.1א, סעיף חדש 5.1ב, סעיף חדש 5.1ג, סעיפים 5.2-5.5, סעיף 5.6.1 (סעיף חדש 5.6א), סעיף חדש 5.6.1א, סעיף 5.6.3, סעיף 5.6.5 (סעיף 5.6.4 לנוסח שצורף לעמדת הממונה), סעיף 5.7, סעיף 5.8, סעיף חדש 5.8א, סעיף 5.13, סעיף 5.16, סעיפים 5.17-5.19, והבקשה להוסיף סעיף חדש - 5.20. ההערה ביחס לסעיף 6.2; הבקשה להוסיף סעיף חדש - 6.2א; ההערה ביחס לסעיף 6.3; ההערה ביחס לסעיף 6.5; הבקשה להוסיף סעיף חדש - 6.6 (תוך שילובו של סעיף 6.2 בנוסח המוצע); ההערות הכלליות ביחס לסעיף 7 וההערות ביחס לתתי הסעיפים שבו; ההערות ביחס לסעיף 9.1.

בנוסף מקובלת עלי במלואה עמדת הממונה ביחס לבקשת איגוד המסעדות להורות על תחולה רטרואקטיבית של הכללים (סעיף 73 לעמדת הממונה); ביחס לבקשת חברות הכבלים להוסיף הוראה שתאסור על אקו"ם לכלול ברפרטואר שלה יצירות אשר לגביהן התקשר המשתמש באופן ישיר עם בעל הזכויות ו/או באמצעות מפיץ (סעיף 75 לעמדת הממונה); ביחס לבקשת חברות הכבלים להוסיף תנאי המחייב את אקו"ם להכריז עליה כבעלת מונופולין (סעיף 76 לעמדת הממונה); ביחס לבקשת חברות הכבלים למנות מומחה שיפקח על ביצוע תנאי ההיתר (סעיף 77 לעמדת הממונה); ביחס להרחבת חובת גישור ובוררות (הוספת סעיף חדש, 5.8א, סעיף 78 לעמדת הממונה); ביחס לבקשת חברות הכבלים להוסיף הוראה לפיה כל הפרה של התנאים תהווה עוולה נזיקית לפי סעיף 50 לחוק ההגבלים



בית הדין להגבלים עסקיים ירושלים

ה"כ 513-04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'

העסקיים וראיה לכאורה בכל משפט (סעיף 79 לעמדת הממונה); וביחס לבקשת איגוד המסעדות בנוגע לפיקוח על תעריפי אקו"ם (סעיף 81 לעמדת הממונה).

סיכום

47. סוף דבר, אני מאשרת את ההסדר הכובל נשוא הבקשה בתנאים שפורטו בעמדת הממונה, בכפוף להסתייגויות שהתקבלו על ידי, כמפורט בהערותי ביחס לסעיף 5 לתנאים.

המוכירות תמציא את העתק פסק הדין לצדדים.

ניתן היום, כ"ט אייר תשע"א, 02 יוני 2011, בהעדר הצדדים.

נאור בן אור

נאור בן אור, שופטת