

בתי המשפט

ה"ע 3574/00		בית הדין להגבלים עסקיים בירושלים	
ה"ע 3666/00			
30/04/2004		כבוד השופט יהונתן עדיאל - אב בית הדין עו"ד ירון קידר - חבר	לפני:

בעניין: סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

ובעניין: 1. הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח'

כולם ע"י ב"כ עוה"ד ד"ר שרה פרזנטי ואח'

2. הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ ואח'

כולם ע"י ב"כ עו"ד יוחאי חי

המבקשות

- נ ג ד -

1. הממונה על ההגבלים העסקיים

ע"י ב"כ עו"ד מרשות ההגבלים העסקיים

הממונה

2. התאחדות המלונות בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד יהודה רווה ואח'

3. התאחדות בעלי אולמות אירועים בישראל

ע"י ב"כ עוה"ד ליאור חלימי

המתנגדות

פסק דין

מבוא

1. לפנינו שתי בקשות, שהדיון בהן אוחד, לאישור הסדר כובל בין חברות תקליטים לבין תאגידים לניהול זכויות בעניין מתן רשיונות השמעה של רשומות קול אשר לחברות המבקשות זכויות קניין רוחני בהן.

2. לפי סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים 1911, ליוצר תקליט, או כל הקלטה קולית אחרת, זכויות קניין רוחני באותו תקליט, כאילו היה התקליט יצירה מוזיקלית. אחת הזכויות הבלעדיות הנתונות ליוצר היא זכות להתיר לבצע את יצירתו בפומבי. זכות יוצרים המוגדרת בחוק זכות יוצרים משנת 1911, כוללת זכויות נוספות על זכות ההשמעה (כולל שידור), כגון זכות ההוצאה (לגבי מוזיקה – הוצאת תקליטים).

ההליך הנוכחי דן בזכות ההשמעה הפומבית בלבד. לרוב, היוצרים מתירים להשמיע את יצירותיהם בפומבי כנגד תשלום תמלוגים. (זכות זו תוכנה להלן – זכות ההשמעה או זכות היוצרים).

3. בעלי הזכויות זכאים לתמלוגים עבור ביצוע פומבי של היצירות. אולם כאשר מדובר בביצועים בהיקפים מסחריים המתבצעים פעמים אין ספור במקומות רבים, שכן התמלוגים עלול לצאת בהפסד הוצאות ההתקשרות עם המשתמשים והוצאות האכיפה של הזכויות (חקירה לגילוי הביצוע הלא מורשה ותביעה לצו מניעה ופיצויים כנגד המפר). גם מבחינת המשתמש המעוניין לשלם תמלוגים, למשל, בעת שהוא משמיע בעסקו בפומבי מוזיקה המשודרת ברדיו, איתור בעלי הזכויות ותשלום תמלוגים לכל בעל זכויות בנפרד, הנה משימה כמעט בלתי אפשרית.

כדי להתגבר על מכשול זה, התארגנו בעלי הזכויות והמחו את זכויותיהם לתאגיד. התאגיד אוסף את זכויות היוצרים ע"י מתן רישיונות השמעה כוללים (רשיון שמיכה או רישיון גורף, blanket license) אשר מאפשרים לבעל הרישיון להשמיע כדין כל יצירה שהזכויות להשמעתה הפומבית הועברו לו ע"י התאגיד. התאגיד עוסק בגביית תמלוגים מן המשתמשים, אכיפת הזכויות על המפרים וחלוקת התמלוגים שנגבו בין בעלי הזכויות החברים בו.

4. השאלה העומדת לפנינו היא האם התאגדות מעין זו היא הסדר כובל, ואם כן – האם ראוי לאשר הסדר זה, ובאלו תנאים.

5. המבקשות שלפנינו הן הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ו- 16 חברות תקליטים שהתאגדו במסגרתה ובעלי זכויות ברשומות קול המאוגדים בה (להלן: הפדרציה הישראלית), והפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (להלן: הפי"ל). הואיל וטענות המבקשות, בעיקרן, הן טענות זהות או דומות, נתייחס בהמשך לשתייהן כאל ה"פדרציה", אלא אם ההתייחסות תהא לכל מבקשת בנפרד.

6. הפדרציה הישראלית, המבקשת בתיק הי"ע 3574/00, הוקמה בשנת 1968 ומאז שנת 1988 היא התאגדה כתברה, המאגדת 16 חברות תקליטים (מבקשות 3-18), שלהן זכויות בתקליטים ישראליים וחלקן מייצגות בארץ חברות תקליטים זרות.

7. המבקשת בתיק הי"ע 3666/00, הפי"ל, הוקמה ע"י מפיקי מוזיקה ישראלית וים תיכונית, וגם היא מאגדת חברות הפקה ומפיקים עצמאיים אשר לטענתם הפדרציה מיאנה לקבלם לשורותיה.

ההסדרים הכובלים נשוא הבקשות

8. בתיק הי"ע 3574/00 מבקשת הפדרציה הישראלית לאשר הסדר כובל בינה לבין החברות המאוגדות בה. הנכס נשוא ההסדר הוגדר בבקשה, כזכויות יוצרים ברשומות קול, לרבות הזכות לעשות שימוש בזכויות היוצרים, להשמיע בפומבי ולשדר רשומות קול, כולל מתן רשיון לאחרים להשמיע בפומבי ולשדר רשומות קול בשטח מדינת ישראל ובשטחים המוחזקים.

מהות הכבילה תוארה בבקשה, כפעולה, במיוחד בעבור החברות המאוגדות בפדרציה, לשם גביית תמלוגים להם הן זכאיות ולשם אכיפת זכויותיהן ברשומות קול. על-פי ההסדר, החברות המאוגדות בפדרציה הישראלית מעבירות לה את זכות ההשמעה הפומבית והשידור, כולל הזכות להתיר השמעה

פומבית ושידור של רשומות הקול, כדי שזו תמכור רישיונות שימוש כוללים המתייחסים לכלל הרפרטואר שבידי הפדרציה (רישיונות שמיכה blanket license), תגבה תמלוגים מהמשתמשים ברשומות הקול וכן תנקוט בהליכים פליליים ואזרחיים כנגד מפירי הזכויות. על-פי ההסכם, נמסר לפדרציה הישראלית שיקול דעת בלעדי בכל הנוגע להרשאה לעשות שימוש בזכות הנ"ל. ההסכם הוא ללא הגבלת זמן וכל צד יכול לבטלו בהודעה של 90 יום מראש.

הפדרציה הישראלית צירפה לבקשתה הצעה בדבר התנאים שהיא מוכנה לקבל על עצמה אם יאושר ההסדר, אשר תואמו בינה לבין הממונה על הגבלים עסקיים. תנאים אלה יפורטו בהמשך, אך נציין כבר עתה שמטרתם היא למתן את כוח השוק של הפדרציה וכן למתן את עוקץ הסעדים להם היא תזקק עקב פגיעה בזכויות הקניין הרוחני של חבריה, במקרה של מחלוקת בינה לבין המשתמשים בדבר מחיר השימוש.

9. הפי"ל, המבקשת בתיק ה"ע 3666/00, הגישה בקשה לפטור מקבלת אישור הסדר כובל על-פי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, ולחילופין לאישור הסדר כובל על-פי סעיף 7 לחוק. ההסדר הכובל נושא בקשת הפי"ל דומה מאוד להסדר נשוא בקשת הפדרציה הישראלית. הנכס נשוא ההסדר מוגדר בבקשה, כזכות ההצגה הפומבית בהקלטות מוזיקליות. מהותה של הכבילה מתוארת כהמחאת הזכות לארגון לשם הגנה אפקטיבית עליה מפני המפרים ולשם ניהולה, בין היתר על-ידי הנפקת רישיונות שימוש "גלובאליים" (רישיונות שמיכה).

גם הפי"ל מתקשרת עם החברות והמפיקים להם היא נותנת שירותים בהסכם, לפיו המתקשרים ממחים לפי"ל את זכותם להשמעה פומבית ושידור רשומות הקול. על-פי אותו הסכם, הפי"ל גם נוטלת לעצמה שיקול הדעת בלעדי "להרשות או להתיר את השימוש בזכות ולקבוע את זהות המורשה, תנאי הרישוי והיקפו והתמורה, אם בכלל, אשר תגבה כנגד התרת השימוש". ההסכם נחתם לתקופה של 5 שנים ורק בסיומה רשאי המתקשר, בהודעה של 120 יום מראש, לסיים את ההסכם ולבטל את ההמחאה.

המלצת הממונה

10. נקודת המוצא שביסוד עמדתו של הממונה היא שההסדרים נשוא הבקשות הנם הסדרים כובלים. עם זאת, הממונה מסכים, כי התאגדות של בעלי זכויות יוצרים למתן רישיונות שמיכה הנה, בעקרון, לטובת הציבור, משום שיש בכך כדי להגביר את התפוקה, להעמיק את ההגנה על זכויות היוצרים ולחסוך בעלויות עסקה ועלויות אכיפה. לפיכך, הממונה ממליץ לאשר הסדרים כובלים אלה, בכפוף לתנאים שפירט, שעיקרם – צמצום כוח המיקוח של הפדרציה והפי"ל אל מול המשתמשים, מקבלי הרישיון. כדי למנוע ניצול לרעה של כוח השוק של הפדרציה, סבור הממונה, יש להתוות, במסגרת אישור הבקשה, את דרך קביעת מחיר השימוש, ולחייב את המבקשות לכלול ברישיון היתר עבור שידורי אינטרנט ושילוב יצירות הקול בחומר אודיו וויזואלי אחר לצורך שידור (סינכרוניזציה). כמו כן, לשיטתו של הממונה, יש לחייב את הפדרציה לקבל לשורותיה כל בעל זכויות ולנהוג בכל החברים והמצטרפים בשוויוניות. הממונה מבקש להורות לפדרציה ולפי"ל לשנות את מסמכי היסוד שלהן וכן את הסכמיהן עם חברות התקליטים המאוגדות בהן כדי להתאימם לתנאים המוצעים. לגישתו של הממונה, אין צורך לנקוט, בהליך זה, עמדה בשאלת קיומן של זכויות היוצרים בידי הפדרציה ברשומות הקול הזרות כמו גם בשאלת מחיר דמי השימוש, ויש לקבוע, במקביל, כי האישור אינו ממצה את הדיון בכל השאלות מתחום דיני ההגבלים העסקיים הקשורות לפעילותן של הפדרציות.

התנגדויות

11. שתי התנגדויות הוגשו להסדרים נשוא הבקשה.

מתנגדת 1, התאחדות בעלי אולמות האירועים, מלינה בעיקר נגד מדיניות הגבייה וקביעת התמלוגים של המבקשות, הגובות את התמלוגים מבעלי האולמות ולא מהתקליטנים, שהם אלה אשר משמיעים את המוזיקה באולמות.

המתנגדת 2, התאחדות בעלי בתי המלון, טוענת שהפדרציה נוקטת במדיניות אפליית מחירים ותביעות התמלוגים שלה הנן שרירותיות. כמו כן, טוענת מתנגדת זו, כי השמעת מוזיקה בחדרי אירוח בבתי המלון אינה בבחינת ביצוע פומבי החייב בתמלוגים, וכי השמעה פומבית של רשומות קול זרות שיוצרו מחוץ לישראל כלל אינה חייבת בתמלוגים.

הסדר כובל

12. השאלה הראשונה העולה בהליך זה הנה, האם ההסדרים שלפנינו הנם הסדרים כובלים.

13. הפדרציה טוענת כי אין מדובר בהסדרים כובלים. זאת, ממספר טעמים.

ראשית, היא טוענת, בשל ייחודו של תחום הקניין הרוחני, אין להחיל את דיני ההגבלים העסקיים, כפשוטם, על תחום זה.

שנית, חברות התקליטים אינן מתחרות זו בזו, שכן כל יצירה (שהזכויות לגביה מסורות לחברת תקליטים זו או אחרת) הנה בעלת מאפיינים ייחודיים המבדילים בינה לבין יצירות אחרות, והביקוש להן נגזר מטעמו של הצרכן. על כן, שתי יצירות שונות אינן יכולות להיות תחליפיות זו לזו. מכאן, ככל שמדובר בשיווקן של היצירות, חברות התקליטים בעלות הזכויות ביצירות אלה אינן מתחרות האחת בשנייה, וממילא ההסדר ביניהן אינו פוגע בתחרות.

שלישית, הפדרציה הנה מיזם משותף אשר אינו מביא לתיאום מחירים של אותם מוצרים, אלא עוסק בייצור מוצר חדש ושונה – הרשאה קולקטיבית (רישיון כולל לשימוש במגוון מוצרים קיימים). מוצר כזה מיטיב עם המשתמש, משום שלרוב המשתמש המסחרי יהיה מעוניין ב-"בנק" של יצירות ולא ביצירה הבודדת. ייצורו של מוצר חדש כזה – רישיון כולל – מחייב שיתוף פעולה בין חברות התקליטים השונות. לפדרציה גם אין שליטה בכמות המוצרים ואיכותם, מה שמונע כל השפעה על התחרות בין החברות המרכיבות אותה.

לחלופין, טוענת הפדרציה, אפילו מדובר בהסדר כובל, הסדר זה חוסה תחת הפטור הקבוע בסעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים.

תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים על תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים

14. בפתח טיעוניהן טוענות המבקשות כאמור, כי דיני קניין רוחני הנם תחום מיוחד, אשר אין להחיל עליו את דיני ההגבלים העסקיים כפשוטם.

על-פי הטענה, מטרתם של דיני זכויות היוצרים היא לעודד את היצירה, ולצורך כך הם מקנים ליוצר זכות בלעדית לשלוט ביצירתו, תוך מתן שיקול דעת מוחלט מה יעשה בה ובאלה תנאים יעביר את הזכויות ביצירה לאחר. בכך מעניק החוק ליוצר זכות מונופולין על יצירתו, כך שאף אחד זולתו אינו רשאי להעתיקה

ולשתמש בה ללא הסכמתו. מעמד מונופוליסטי זה מקנה ליוצר גם את היכולת לנצלו לשם יצירת רווחים מונופוליסטיים, אשר מכסים את השקעתו הראשונית.

התוצאה המתבקשת מחוקים אלה, טוענת ד"ר פריזנטי, ב"כ הפדרציה הישראלית, "שהחלה דווקנית ו'רגילה' של דיני ההגבלים העסקיים על תחום ייחודי זה, תאיין את התמריצים הקיימים בחקיקה זו ותעקר מתוכן את מטרותיו של חוק זכות יוצרים, כך שתיווצר תת השקעה בפיתוח וביצירה בכלל ובשוק התקליטים בפרט. ... המסקנה הבלתי נמנעת היא, כי דיני זכויות יוצרים דוחים את תחולתו 'הרגילה' של חוק ההגבלים בהעניקים במכוון ובמוצהר תמריץ בדמות כוח מונופוליסטי".

15. טענה מסוג זה נדונה ונדחתה על-ידי בית הדין ביחס לזכות פטנט (ה"ע 3/97 **מגל מערכות בטחון בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים מחוז, כרך לג(3) 770). יש לדחות את הטענה גם ביחס לזכויות יוצרים.

16. דיני הקניין הרוחני נועדו להגן על זכות הקניין של היוצר ביצירתו, תוך עידוד היצירה והיוצר. "לזכות היוצרים משמעות לא רק במובן הגנתו של הקניין הקיים והיא נועדה גם להבטיח את היצירה העתידית. ההנחה היא, כי מלאכת היצירה דורשת השקעת משאבים וכי לולא הגן הדין על היוצר, במובן זה שניתן לו ליהנות מפירות היצירה במידה שתהפוך את ההשקעה לכדאית עבורו, הייתה היצירה מתמעטת והולכת ... ודוק: עידוד היוצר נעשה לא רק באמצעות הבטחת תגמול כספי על יצירתו (זכות היוצרים הכלכלית), כי אם גם בדרך של הכרה בכבוד היוצר והיצירה (זכות היוצרים המוסרית). ההגנה על זכות היוצר ביצירתו נועדה, אם כן, להגשמת אינטרס רחב יותר, הוא עניינו של הציבור בקיומה של יצירה אשר תעשיר – כמו במקרה של יצירה מוזיקלית – את תרבותו ..." (החלטתה של כב' השופטת דורנר ברע"א 6141/02 **אקו"ם נ' תחנת השידור גלי צה"ל ואח'**, פ"ד נז(2) 925, 629-630) (להלן עניין אקו"ם).

כפי שציינה כב' השופטת דורנר בהחלטתה בעניין אקו"ם, הרציונאל דלעיל חל, בעקרון, גם על פעילותם של יוצרים במסגרת תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים:

"אף כשבעל הזכות אינו יחיד, כי אם ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים. ארגונים כאלה, שהיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס ההבנה, כי בפועל, ללא קיומם, יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת, עד כדי היותה מוטלת בספק ... ברי, עם זאת, כי על בעליה של זכות היוצרים החובה להשתמש בזכותו בתום לב ואל לו לפגוע, אגב שימוש זה, ביצירתם של אחרים או בעיקרון התחרות החופשית. בנסיבות המתאימות, אם כן, שימוש בלתי ראוי בזכות היוצרים עשוי להביא לצמצום או אף לשלילת ההגנה שמקנה הדין לבעל הזכות".

17. כפי שנאמר בפסק הדין בעניין **מגל**, בהיבט זה, של קידום היצירה והחדשנות, אין התנגשות חזיתית בין דיני התחרות לבין דיני הקניין הרוחני. שכן שתי מערכות הדינים עוסקות, גם אם מנקודות ראות שונות, בעידוד היצירה ותכליתם הבסיסית היא להגדיל את הרווחה החברתית. דיני הקניין הרוחני מתמקדים בהגנה על זכויות הפרט - היוצר ביצירתו, בעוד שחוק ההגבלים העסקיים מגן על הפעילות החופשית של השוק על-ידי עידוד התחרות, מה שמאפשר את "הגשמת האוטונומיה" של הפרט (ע"א 2247/95 **הממונה על ההגבלים העסקיים נ' תנובה מרכז שיתוף ושיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ**,

פ"ד נב(5) 213) ומהווה "תמריץ לייעול, לפתוח ולחדשנות" (בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אזבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפקוח על הגבלים עסקיים ואח', פ"ד מו(1) 29).

18. אמנם, נכון הדבר, שנקודות הראות השונות שביסודם של דיני הקניין הרוחני ודיני ההגבלים העסקיים, עשויות ליצור מתח בין שתי מערכות החוקים (ראה: (ת"א (י-ם) 613/93 **טבעול מוצרי מזון מן הצומח נ' שמיר תעשיות מזון בע"מ ואח'**, דינים-מחוזי, כרך לב (6), 654; וכן פסק הדין בעניין **מגל לעיל**). אולם פתרונו של נושא זה יהא במציאת נקודת האיזון הראויה בין האינטרסים והערכים המתנגשים. למשל, על-ידי אישור ההסדר הכובל בתנאים אשר יקחו את פגיעתו בתחרות תוך שמירה על האינטרסים של היוצרים, ולא בדרך של דחיית דיני ההגבלים העסקיים מפני דיני הקניין הרוחני. (פסק הדין בעניין **מגל לעיל**, סעיף 87 לפסק הדין)

כך, למשל, נקבע בהנחיות שהוציאו רשויות התחרות הארה"ב (DOJ ו- FTC) ביחס לרישיונות שימוש בקניין רוחני (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property - April 6, 1995) (§2.1), כי בחינת נושא השימוש בקניין רוחני, תעשה לאורם של עקרונות דיני ההגבלים העסקיים המיושמים ביחס לכל קניין אחר, תוך התחשבות במאפיינים המיוחדים של הקניין הרוחני (דוגמת הבלעדיות שהדין מעניק לבעלי קניין רוחני בתנאים מסוימים, כדי להבטיח להם את פירות יצירתו) במהלך יישום עקרונות אלו.

(וראה גם: S. D. Anderman **EC Competition Law and Intellectual Property Rights - The Regulation of Innovation** (Oxford - 1998) at pp. 7-9; R. Whish **Competition Law** (LexisNexis, 5th ed. - 2003) at pp. 724-735 (Whish - להלן - ed. - 2003)).

רציונאל זה, המקיים את דיני התחרות לצד דיני הקניין הרוחני תוך התחשבות במאפיינים המיוחדים של הקניין הרוחני, יפה הן לגבי הסדרים הכובלים והן לעניין פרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים.

19. בנושא המונופולין נקבע בפסיקה, שיש להבחין בין מונופול שבו עוסקים דיני התחרות, שנועד לרסן את כוח השוק של בעל המונופולין, לבין המונופול המוקנה לבעל זכויות היוצרים על-פי דיני הקניין הרוחני, המתמקד בהגנה על היצירה (ראה פסקי הדין בעניין **טבעול ומגל לעיל**). כמו כן נקבע, שהזכות על היצירה המוקנית לבעל זכות היוצרים על-פי דיני הקניין הרוחני, אינה מקנה לבעליו זכות לנצל לרעה את כוח השוק אשר קיים, אם קיים, בידו מכוח אותה זכות, ואינה מקנה לו חסינות מפני ניצול לרעה של מעמדו בשוק בניגוד לחוק ההגבלים העסקיים (פסק הדין בעניין **מגל לעיל**).

דין זה חל גם במשפט המשווה. כך נקבע בפסק הדין בעניין **מייקרוסופט** :

"Microsoft argues that the license restrictions are legally justified because, in imposing them, Microsoft is simply 'exercising its rights as the holder of valid copyrights'. Microsoft also argues that the licenses 'do not unduly restrict the opportunities of Netscape to distribute Navigator in any event'. Microsoft's primary copyright argument borders upon the frivolous. The company claims an absolute and unfettered right to use its intellectual property as it wished: '[I]f intellectual property rights have been lawfully acquired'. It says, then 'their subsequent exercise cannot give rise to antitrust liability'. That is

no more correct than the proposition that use of one's personal property, such as a baseball bat, cannot give rise to tort liability. As the Federal Circuit succinctly stated: 'Intellectual property rights do not confer a privilege to violate the antitrust laws' (**U.S v. Microsoft** (D.C. Cir. 2001)).

רציונאל זה חל, בעקרון, גם בנושא ההסדרים הכובלים. אמנם בסעיף סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים ניתנה לבעל זכות קניין רוחני פריבילגיה מוגבלת הפוטרת אותו, בנסיבות מסוימות, מפני תחולת פרק ההסדרים הכובלים שבחוק ההגבלים העסקיים. אך ההגנה זו חלה רק לגבי הסדר אנכי בין בעל זכות היוצרים ובין מקבל זכות השימוש בזכות זו (כפי שנעמוד על כך בהמשך). החוק לא אפשר לבעל זכות יוצרים להיות צד, יחד עם בעלי זכויות יוצרים אחרות, להסדר כובל אופקי, למשל, על-ידי תיאום המחיר הנדרש עבור השימוש בזכויות של הצדדים להסדר הכובל.

התייחס לכך בית המשפט העליון של ארצות הברית בפסק הדין בעניין **Inc. v. Broadcast Music, Inc.** **Columbia Broadcasting System, Inc.** 441 U.S. 1 (1979) (להלן פרשת BMI):

"... the copyright laws confer no rights on copyright owners to fix process among themselves or otherwise to violate the antitrust laws...".

20. לפיכך, יש לדחות את הטענה שהסדרי הניהול המשותף שלפנינו, פטורים מעולו של חוק ההגבלים העסקיים.

הסדר כובל - כללי

21. לדעתנו, ההסדר בין חברות התקליטים בעניין הקמתה והפעלתה של הפדרציה, הנו הסדר כובל.

מדובר בהסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים, בהיותו הסדר בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או לפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר.

בהסדרים שלפנינו מתקיימים גם תנאיו של סעיף 2(ב) לחוק, שכן הכבילות נשוא ההסדרים נוגעות למחיר (סעיף 2(ב)(1)), לקביעת הרווח ודרך חלוקתו (סעיף 2(ב)(2)), לחלוקת שוק (סעיף 2(ב)(3)) וכן "יכמות הנכסים שבעסק" (סעיף 2(ב)(4)).

שיווק משותף של מוצר (רישיון השמיכה) השונה מהמוצרים המשווקים ע"י חברות התקליטים

22. ההסדר שלפנינו הנו מיזם משותף, שבו חברות התקליטים בעלות זכויות ההשמעה משתפות פעולה בשיווק משותף של זכויותיהן (ראה: **NCAA v. Board of Regents of University of Oklahoma**, 468 U.S. 85, (1984)).

שיווק משותף, כפי שנקבע בפסיקה, מהווה הסדר כובל, בהתקיים תיאום בין הצדדים להסדר אשר מגביל את התחרות בתחומים המוסדרים על-ידי השיווק המשותף (ת"פ 209/96 מ"י נ' אהליך יעקב ואח', דינים-מחוזי לג(6) 553).

23. מדובר במיזם של שיווק משותף שלו מספר מאפיינים ייחודיים.

ראשית, הפדרציה משווקת מוצר שונה מזה המשווק על-ידי כל אחת מחברות התקליטים בנפרד. זאת, משום שרישיון השמיכה מקנה למשתמש זכויות השמעה רחבות בהרבה מאלה הנמצאות בידי כל אחת מחברות התקליטים בנפרד, ואלה מאפשרות לו לעשות שימוש בכלל הרפרטואר המוזיקלי המצוי בידי התאגיד לניהול הזכויות ואינן מוגבלות ליצירות מסוימות או לרפרטואר מצומצם יחסית שהזכויות לגביו נמצאות בידי חברה זו או אחרת. עמד על כך בית המשפט העליון של ארה"ב בפסק הדין בפרשת BMI :

"ASCAP does set the price for its blanket license, but that license is quite different from anything any individual owner could issue".

...

"Here, the whole is truly greater than the sum of its parts; it is, to some extent, a different product".

גם המלומד Hovenkamp כותב, כי מדובר במוצר שונה ונפרד מהמוצרים המשווקים על-ידי הורי המיזם המשותף, שלו שוק (מוצר) נפרד :

"Indeed, for purposes of antitrust analysis we would very likely conclude that nonventure sales are not in the same relevant market as venture sales because the latter have such a significant cost advantage"

...

"In sum, the blanket license was a distinctive product whose value to purchasers was quite different from that of the individual sale of a single license for a single work, or even from a large number of individual licenses for numerous such works" (Hovenkamp, **Antitrust law**, Vol XIII, p.39- 40).

שנית, בניגוד לשיווק משותף רגיל, שבו המוצרים המשווקים על-ידי המשווק המשותף הם מוצרים הומוגניים, שכל אחד מהם מיוצר בנפרד על-ידי כל אחד מהצדדים למיזם המשותף, רישיון השמיכה הוא מוצר שכל הצדדים למיזם משתפים פעולה ביצורו. המלומד Hovenkamp, ממשיך בספרו את רישיון השמיכה למופע משותף של מספר קוסמים, במסגרתו כל קוסם מופיע לבדו.

שלישית, רישיון השמיכה הנו מוצר שלא ניתן ליצרו ולשווק ללא שיתוף פעולה בין כל הצדדים למיזם המשותף, הן חברות התקליטים. כך, בדוגמא של הקוסמים, כל קוסם יכול להופיע לבדו, אך מופע משותף ניתן להפיק רק תוך שיתוף פעולה בין הקוסמים כולם. על כן, המופעים של כל אחד מן הקוסמים הם מופעים משלימים אחד ביחס לשני, אף שמחוץ למופע המשותף הם מתחרים זה בזה (H. Hovenkamp).

(**Antitrust Law**, Vol XIII (Aspen Law Business - 1999) at p. 146).

24. עם זאת, בעצם העובדה כי מדובר במיזם משותף, גם כזה המייצר מוצר שלא ניתן לייצר ללא שיתוף פעולה בין הורי המיזם המשותף, אין כדי לשלול את אופיו של מיזם זה כהסדר כובל, הגם שיש בה כדי לתמוך באישור ההסדר. התייחס לעניין זה בית המשפט העליון של ארה"ב בפסק הדין בעניין NCAA:

"While joint ventures have no immunity from the antitrust laws, as Broadcast Music indicates, a joint selling arrangement may "mak[e] possible a new product by reaping otherwise unattainable efficiencies" (NCAA, at p. 113).

הכבילות נשוא ההסדר הכובל

25. הכבילות נשוא ההסדר הכובל שלפנינו נוגעות למחיר, לרווח שיופק, לחלוקת שוק ולכמות הנכסים שבעסק.

מחיר

26. הואיל והפדרציה מאגדת בתוכה את כל חברות התקליטים הקשורות עמה, הרי שההחלטות המתקבלות על-ידי הפדרציה הנן, למעשה, החלטות מתואמות על-ידי כל חברות התקליטים. מכאן שגם מחיר רישיון השמיכה הוא מחיר שנקבע באופן מתואם על-ידי חברות התקליטים החברות בפדרציה. נציין, שגם אילו נקבע המחיר על-ידי הפדרציה ללא שיתוף של חברות התקליטים, היה בכך משום הסדר כובל. שכן תיאום בין צדדים להסדר כובל אינו חייב להיות תיאום ישיר בין הספקים לבין המשווק או בינם לבין עצמם, והוא יכול אף שיהא תיאום עקיף על-ידי הסמכת המשווק לקבל עבור הספקים את ההחלטות החשובות הנוגעות לייצור ולשיווק אשר מאיינות את התחרות ביניהן (ראה: ערר 1/00 פוד קלאב בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח' (תק-מח 5587 (2)2003; VIRGINIA EXCESIOR MILIS, Inc v. FEDERAL TRADE COMMISSION, 256 F. 2d 538). הסמכתו של המשווק המשותף לקבוע את המחיר בו ישווק המוצר נשוא הסדר השיווק, אף היא בגדר תיאום מחיר אסור, ההופך את ההסדר להסדר כובל. שכן בפועל, באמצעות הסמכה כזאת מושג תיאום מחירים בין הצדדים השותפים לשיווק המשותף.

27. במקרה שלפנינו אמנם מדובר בתמחור מתואם של מחיר רישיון השמיכה ולא בתמחור ישיר של המוצרים (זכויות ההשמעה בפומבי) של כל אחת מחברות התקליטים. אולם, תיאום מחיר רישיון השמיכה, גם הוא בגדר תיאום בנוגע למחיר "שידרש שיוצא או שישולם" כמשמעותו בסעיף 2(ב) לחוק. מה גם שממחיר הרישיון הכולל נגזר בסופו של יום המחיר שתקבל כל אחת מחברות התקליטים עבור ההיתר להשמעת היצירות שלה (לפי חלקה בהשמעת הרפרטואר שלה). לפיכך, כבילת המחיר, גם אם היא מתייחסת במישרין למחיר הרישיון הכולל, נוגעת "נגיעה ממשית וישירה" גם למחיר המשתלם לכל אחת מהחברות עבור מתן זכות ההשמעה ליצירות שברפרטואר שלה (בג"ץ 47/83 תור אויר (ישראל) בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח על הגבלים עסקיים ואח', פ"ד לט(1) 169).

28. כבילת המחיר פוגעת בתחרות בין חברות התקליטים בתחום המחירים. שכן, אלמלא ההסדר, כל חברת תקליטים הייתה מעניקה רישיונות השמעה ושידור עבור רשומות הקול שעליהן יש לה זכויות, תוך תימחורן של זכויות שימוש אלה וקיום תחרות בתחום זה בינה לבין חברות תקליטים אחרות. כתוצאה מההסדר הכובל, חברות התקליטים אינן מתחרות זו בזו במחיר ובתנאים האחרים בהם יינתנו על ידן

זכויות ההשמעה בפומבי, והן משווקות את הרפרטואר העומד לרשות כל אחת מהן בתנאים אחידים, תוך תמחור משותף של מחיר השימוש בכלל יצירותיהן.

29. גם בפסק הדין בעניין **BMI**, שהוא פסק הדין המנחה בסוגיה זו במשפט האמריקאי, יצא בית המשפט העליון של ארה"ב מההנחה, כי הסדר הניהול המשותף של זכויות יוצרים כולל יסוד של תיאום מחירים. החידוש בפסק דין זה היה בקביעה, שאין מדובר בהסדר שהוא *per se* אסור, אלא בהסדר שיש לבחון אותו על-פי כלל ההיגיון.

התייחס לכך בספרו המלומד Hovenkamp :

"A "blanket license" is an agreement permitting the licensee to use many items of intellectual property, such as copyrights or patents, ordinarily without paying separately for the use of each one. If the owners of the intellectual property rights are numerous, different sellers may be in competition with each other. In that case assembling the blanket license and putting a price on it will involve joint price setting by licensors who would be competitors if the licenses were sold separately".

30. מנכ"ל הפדרציה, מר שפר העיד שלחברות התקליטים עניין בשידור יצירותיהן בתדירות גבוהה, שכן אם היצירה משודרת לעיתים קרובות היא נקלטת בציבור, מכירת התקליטים עולה ובעל הזכויות מקבל נתח גדול יותר מהתמלוגים. בהיבט זה, ההסדר מונע מחברות תקליטים המבקשות להגביר את תדירות ההשמעה של יצירותיהן בערוצי השידור, להגדיל את האטרקטיביות של יצירותיהן עבור ערוצי השידור על-ידי הפחתת מחיר השימוש. הוא הדבר במקום שבו חברת תקליטים מבקשת לעודד החדרתה של יצירה חדשה או לעודד קידומו של יוצר חדש, על-ידי הוזלת השמעתה של יצירה זו או אחרת. תדירות גבוהה יותר בהשמעת יצירות מסוימות תביא להגדלת חלקן של החברות בעלות הזכויות ביצירות אלה בתמורה הכוללת המשתלמת על-ידי המשתמשים לפדרציה. אולם, למשתמשים עצמם, אין אפשרות להוזיל את השימוש, למשל, על-ידי העדפת השמעתה של יצירה פופולרית פחות, שבשיטת תמחור תחרותית, מחיר השמעתה היה זול יותר מיצירה מבוקשת. התייחס לכך השופט Stevens, שופט המיעוט בפרשת **BMI** :

"The record plainly establishes that there is no price competition between separate musical compositions. Under a blanket license, it is no more expensive for a network to play the most popular current hit in prime time than it is to use an unknown composition as background music in a soap opera. Because the cost to the user is unaffected by the amount used on any program or on all programs, the user has no incentive to economize by, for example, substituting what would otherwise be less expensive songs for established favorites or by reducing the quantity of music used on a program. The blanket license thereby tends to encourage the use of more music, and also of a larger share of what is really more valuable music, than would be expected in a competitive system characterized by separate licenses. And since revenues are passed on to composers on a basis reflecting the character and frequency of the use of their music, the tendency is to increase the

rewards of the established composers at the expense of those less well known. Perhaps the prospect is in any event unlikely, but the blanket license does not present a new songwriter with any opportunity to try to break into the market by offering his product for sale at an unusually low price. The absence of that opportunity, however unlikely it may be, is characteristic of a cartelized rather than a competitive market.

(p. 32-33).

הריווח שיופק

31. מהמחיר האחיד נגזר גם הרווח. תיאום הרווח בין חברות התקליטים עולה במקרה זה לא רק מתיאום המחיר, אלא גם מדרך חלוקת התמורה בין החברות, אשר נקבעת בהתאם לחלקה של כל אחת מהחברות בהשמעות. כבילה זו מקימה הסדר כובל לפי סעיף 2(ב)(2) לחוק.

חלוקת שוק

32. הואיל ועל-פי ההסדר, שיווק רישיון השמיכה נעשה על-ידי הפדרציה שהיא אשר תעסוק במתן רישיונות השמעה פומבית, ולא על-ידי כל אחת מהחברות בנפרד, מתקיימת בהסדר זה גם הכבילה הנוגעת ל"חלוקת השוק ... לפי האנשים ... שעמם יעסקו" לפי סעיף 2(ב)(3) לחוק.

כמות הנכסים

33. הממונה טוען, כי ההסדר כולל גם כבילה על-פי סעיף 2(ב)(4) לחוק הנוגעת ל"כמות הנכסים או השירותים שבעסק, סוגם או טיבם". זאת, משום שרישיון שמיכה הנו מוצר אחיד, אשר נקבע בהסדר נשוא הדיון על-ידי חברות התקליטים.

34. המבקשות טוענות, לעומת זה, שההסדר אינו מגביל את חברות התקליטים בהיבט זה, של כמות הנכסים שבעסקן. שכן כל אחת מהחברות רשאית לשווק זכויות השמעה ביצירות מוזיקליות כאוות נפשה, ותאגיד הניהול המשותף מתחייב לשווק במסגרת רישיון השמיכה את כל היצירות שזכויות ההשמעה עליהן נמצאות בידי החברות.

35. נראה שמבחינה מעשית, ההסדר מגביל גם את היקף ההרשאות של השמעות פומביות שתינתנה על-ידי כל אחת מחברות התקליטים בנפרד. בכל מקרה, ההסדר קובע את כמות הנכסים, היינו את היקף ההרשאות שתינתנה על-ידי הפדרציה במסגרת רישיון השמיכה, שהוא מוצר אחיד הכולל את כל היצירות שלחברות התקליטים זכויות השמעה לגביהן. הפדרציה מגבילה עצמה, על-פי הסדר זה, במובן זה, שהיא מתחייבת לשווק את רישיון השמיכה בלבד, היינו את מלוא כמות היצירות המצרפית של כלל חבריה. להגבלה זו, השלכה ישירה על היקף הזכויות הנרכשות על-ידי המשתמשים, שכן למשתמשים אין יכולת לרכוש מהפדרציה רישיון חלקי הכולל רק חלק הזכויות ההשמעה.

תחליפיות

36. טענתה של הפדרציה בהקשר זה היא שאין מדובר בהסדר העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. זאת, משום שיצירות מוזיקליות שונות אינן תחליפיות זו לזו במובן המקובל, שכן הביקוש לתקליטורים נגזר מטעמו האישי של הקונה, שמבחינתו אין תחליפיות בין יצירות שונות. למשל, שיר של שלמה ארצי אינו תחליפי לשיר של ריטה ושיר של ריטה אינו תחליפי לפוגה של בך. על כן, חברות התקליטים אינן מתחרות זו בזו בשיווקן של היצירות.

גם אם בתחומים מסוימים של מוזיקה קיימת תחליפיות כלשהי בין יצירות שונות, מוסיפה וטוענת הפדרציה, תחליפיות כזאת אינה קיימת בשוק ההשמעות הפומביות, שבו המשמיע הפומבי מחויב, מטבע הדברים, לגיוון ולהשמעת כל מוזיקה הנדרשת על-ידי הציבור. בשוק זה, לפיכך, יצירות שונות הן מוצרים משלימים ולא מוצרים תחליפיים זה לזה.

37. יש לדחות טענה זו, כבר מן הטעם, שאין בה מענה לסעיף 2(ב) לחוק. שכן סעיף זה אינו מחייב הוכחת קיומה של פגיעה בתחרות, והסדרים שכבילותיהם נופלות בגדרו, חזקה חלוטה שהם הסדרים כובלים (ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 145; דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ ואח', פ"ד נו(1) 56, 95-97).

38. יש לדחות את הטענה גם בהתייחס לסעיף 2(א) לחוק. מקובל עלינו אמנם שיצירות מוזיקליות מסוימות אינן תחליפיות זו לזו, במובן זה, שהן עשויות להיות כה נבדלות האחת מרעותה, עד שאין מתקיימת ביניהם, מבחינת קהל המאזינים, תחליפיות ממשית. כך למשל, "סונטה ליל ירח" של בטהובן, אינה תחליפית, מבחינת הצרכן, לשיר "ירושלים של זהב". או, כדבריו של Sullivan, המצוטטים על-ידי באת-כוח המבקשות בסיכומיה, הסרט "חלף עם הרוח" אינו תחליפי לסרט "Getting Gertie's Gareter" (Sullivan, *Handbook of The Law of Antitrust*, p. 459).

גם המלומד Hovenkamp מציין בהקשר זה בספרו (2ed. 1999) **Federal Antitrust Policy** כי:

"The BMI case may be regarded as sui generis. The product that the defendants sold and the nature of their property rights in it were different than the commodities involved in most cartel cases. It is also unclear that BMI involved price fixing by 'competitors'. To say that the thousands of owners of performance rights were competitors implies that 'Heartbreak Hotel' and the 'Moonlight Sonata' are fungible, which means that radio listeners are indifferent to whether they hear one or the other. If 'Heartbreak Hotel' and the 'Moonlight Sonata' each occupies its own relevant market, then the owner of the exclusive right to perform one of them is a monopolist. Perhaps the blanket licensing arrangement should more accurately be characterized as an association of monopolists than an agreement among competitors" (p.211).

39. מקובל עלינו שיצירות מסוימות אינן תחליפיות זו לזו. ייתכן, כפי שמציע המלומד Hovenkamp, שליצירות מסוימות אף ניתן להתייחס כאל שוק מוצר נפרד ולבעלי הזכויות בהן כאל בעלי מונופולין באותם שווקים, שאז, להסכמים בין אותם בעלי זכויות יש להתייחס כאל הסכמים בין בעלי מונופולין ולא כהסכמים בין מתחרים.

40. אולם, דברים אלה יפים לגבי יצירות מסוימות ולגבי משתמשים מסוימים. איננו סבורים שניתן להניח, באופן גורף, שכל היצירות המוזיקליות אינן תחליפיות לגבי כלל המשתמשים. במיוחד לא ניתן לקבל את טענת העדר התחליפיות כאשר מדובר בהתחרות בין רפרטוארים שלמים המשווקים על-ידי חברות התקליטים.

תחליפיות בין היצירות המשווקות על-ידי חברות התקליטים החברות בפדרציה עשויה להתקיים במקרים רבים.

תחליפיות כזאת מתקיימת, למשל, כאשר הצרכן - המשתמש אדיש באשר לזהות היצירה המושמעת ואינו מעוניין בהשמעת יצירה מסוימת זו או אחרת דווקא. מצב כזה מאפיין, פעמים רבות, את המשתמש המסחרי, שאינו מעוניין ביצירה מסוימת, אלא במילוי זמן המתנה (למשל, קליניקות רפואיות) או זמן נסיעה (חברות אוטובוסים), וכיוצא באלה צרכים, שאינם מתמקדים ביצירות ספציפיות. ייתכן גם מצב שבו המשתמש יסתפק בהעדפת ז'אנר מסוים של מוזיקה, בלא שיעדיף יצירה זו או אחרת השייכת לאותו ז'אנר. כך, בפסק הדין בעניין *EME v. SESAC* (160 F.supp. 865 S.D.N.Y. (1958)) נקבע, כי זכויות ההשמעה בפומבי של מוזיקת גוספל הן שוק רלוונטי ונפרד, היות ולז'אנר זה יש מאפייני ביקוש ייחודיים שאין להם תחליפים בז'אנרים אחרים. יצירות הנכללות בז'אנר כזה תחליפיות אפוא זו לזו. בדומה, נקבע קיומו של שוק נפרד לשיווק רשומות קול לריקודי עם (ת"א (ת"א) 3387, 3388/98 **אן. אם. סי מוזיקה בע"מ ואח' נ' ברזילי ואח'**, דינים-מחוזי, לג (3) 365).

עבור משתמש כזה, האדיש לזהות היצירה המושמעת, יצירות שונות עשויות להיות תחליפיות זו לזו. במצב כזה, מחיר ההשמעה עשוי בהחלט להוות שיקול בהחלטה אם להשמיע יצירה מסוימת, או להעדיף אחרת.

תחליפיות בין היצירות המשווקות על-ידי חברות התקליטים מתקיימת גם לגבי ביצועים שונים של אותה יצירה. פעמים אף יצירות שונות של אותו יוצר עשויות להיות תחליפיות זו לזו. כך, בהחלטה מיום 11.9.2002 (Docket No. 9298), פסל ה-FTC האמריקאי הסכם בין חברות התקליטים Polygram ו-Warner, אשר התחרו ביניהן במכירת קלטות וידאו ואודיו שונות, של שלושת הטנורים (לוציאנו פוארוטי, פלאסידו דומינגו, וחוזוה קרראס). כל אחת מהחברות החזיקה בזכויות להפצת אלבום שונה של המבצעים הללו, והן התקשרו ביניהן בהסכם לשם שיווק משותף של אלבום שלישי של שלושת הטנורים. במסגרת אותו הסכם, התחייבה כל חברה להימנע ממתן הנחות במכירת האלבומים שהזכויות למכירתם שייכות לכל חברה בנפרד, וכן להימנע מפרסום אותם אלבומים, וזאת כדי לקדם את שיווקו של האלבום השלישי - המשותף. ה-FTC ראה בפעולת הצדדים, אשר ביקשו להעלות את מחירי האלבומים של כל חברה בנפרד כדי לנתב את הצרכנים אל עבר האלבום המשותף, אינדיקציה לכך שמדובר במוצרים תחליפיים. על רקע זה קבע ה-FTC, כי מדובר בהסדר כובל אופקי אסור, הכולל הגבלה על שיווק מוצרים, שאינם מוצרים שנוצרו על-ידי המיזם המשותף של Polygram ו-Warner ואינה קשורה באופן סביר לפעילות המיזם המשותף, ואינה הכרחית ליצירתו.

מעבר לאלה, ועיקר, במקרה שלפנינו אין מדובר בתחרות בין יצירות בודדות, אלא בהתחרות בין חברות תקליטים על שיווק רפרטוארים שלמים המורכבים ממספר רב של יצירות. התייחס לכך המלומד Sullivan בציינו, שרכישת סרטים ויצירות מוזיקליות בשוק מתבצעת על-ידי גופים מסחריים בהיקפים גדולים ואלה אינם מתייחסים ליצירות הנרכשות כאל יצירות אומנותיות (התייחסות אשר עשויה לשלול תחליפיות בין

היצירות) אלא כאל מלאי של מוצרים בהם יש למלא את המדף, כאשר החסכון בעלויות עסקה מכתוב את רכישתם בהיקפים גדולים :

"Buyers go to the market not to choose a particular feature film as an artistic work, but to buy supplies much as might a dress merchant placing orders to fill his half empty racks" (p. 459).

בדומה, מסביר המלומד Hovenkamp, כי משתמשים מסחריים אינם מתייחסים לכל יצירה כאל מוצר המהווה שוק (מוצר) נפרד :

"However, market definition problems arise when the tying product is a television show or movie of other copyrighted performance. On the one hand, every television show and movie is artistically unique, and significant groups of customers love one show while disliking another. As a result, there is little warrant for grouping all television shows or all movies into the same relevant market.

On the other hand, from the television station's or movies exhibitor's point of view, alternative shows or movies are really nothing more than alternative sources of audience and revenue" (H. Hovenkamp, M.D. Janis, M.A. Lemley, **IP and Antitrust An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law**, (Aspen Law of Business, 2003 Supplement) p. 20-22) (hereafter - **IP and Antitrust**).

41. כאשר מדובר במשתמשים מסחריים הרוכשים זכויות לשם שידור פומבי של רפרטוארים שלמים, סביר להניח שבין השיקולים בבחירת רפרטואר של חברה זו או אחרת, יעמוד גם השיקול הנוגע למחיר, דבר שישפיע על התחרות בין החברות. בהעדר תאגיד משותף המשווק את כלל היצירות של כל החברות, ניתן היה להניח שכל חברת תקליטים הייתה פועלת באופן עצמאי לשם שיווק היצירות שעל השמעתן בפומבי יש לה זכויות. כך למשל, הובא לפנינו המקרה של חברת "פלאפון", המקיימת שירות של "שיר באוויר", המבוסס על השמעה פומבית של רפרטואר שהזכויות להשמעתו נרכשו מחברת "הד ארצי". מסתבר שרפרטואר מוגבל זה סיפק את צרכיה של חברת "פלאפון", והיא לא נזקקה לשם מתן השירות לרפרטואר הרחב יותר של הפדרציה. השיווק המשותף של רישיון השמיכה מונע תחרות כזאת.

42. לאור האמור יש לדחות את הטענה שההסדר אינו פוגע בתחרות בשל כך שחברות התקליטים אינן מתחרות ביניהן בשוק ההשמעות הפומביות.

פטור לפי סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים

43. הפדרציה טוענת, לחלופין, לתחולתו בענייננו של סעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים אשר קובע :

3" הסדרים שאינם הסדרים כובלים

על אף האמור בסעיף 2, לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים.

(1) ...

(2) הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מדגם, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים ובלבד שנתקיימו שניים אלה -

א. ההסדר הוא בין בעל נכס כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו ;

ב. אם נכס כאמור טעון רישום על-פי דין - שהוא נרשם".

44. עניינו של סעיף זה בהסדר בין בעל זכות שימוש בקניין רוחני ובין מקבל זכות השימוש. דהיינו, מדובר בהסכם אנכי, שכל כבילותיו נוגעים לזכות השימוש בזכות המבצעים (ראה: ד' לוינסון-זמיר "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט' (תשמ"ט) 180-181). זה אינו המקרה שלפנינו, שבו מדובר בהסכם אופקי בין בעלי זכויות הקניין הרוחני עצמם, לגבי הדרך בה יפעלו לשם שיווק זכויותיהם. מטרתו של הפטור לאפשר לבעל קניין רוחני לנצל את היתרונות שמקנים לו דיני הקניין הרוחני (עידוד הפיתוח והיצירה), ולמנוע מאחרים שימוש בקניין רוחני השייך לו. בכך, אין כדי להכשיר הסדר אופקי בין בעלי הזכויות עצמם (ראה: ד' גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים, ומונופולין" מתוך פרידמן וכהן **חוזים** (כרך ג' - תשס"ד) בעמ' 375). זאת ועוד, ההסכם בין חברות התקליטים ובין הפדרציה אינו נוגע לזכויות השימוש בזכויות המבצעים, שכן הפדרציה אינה עוסקת בהשמעה פומבית של רשומות הקול המוגנות, אלא עוסקת במתן הרשאות שימוש למשתמשים שונים.

מכאן שההסדר שלפנינו אינו חוסה בצלו של הפטור הקבוע בסעיף 3(2) לחוק.

משפט משווה

45. המבקשות תומכות טענתן שאין מדובר בהסדר כובל, בכך שהמשפט האמריקאי הכשיר הסדרים אלה וקבע שהם אינם נוגדים את ה - Sherman Act.

46. פסק הדין המנחה בסוגייה זו במשפט האמריקאי הוא פסק הדין של בית המשפט העליון האמריקאי בפרשת **BMI** הנזכרת לעיל. באותה פרשה נדונה תביעה שהגישה רשת הטלוויזיה CBS נגד הארגונים האמריקאיים לניהול משותף של זכויות יוצרים, ACSAP ו-BMI, בגין הפרת דיני ההגבלים העסקיים. התביעה בוססה על הטענה, כי רישיון השמיכה (blanket license) שניתן על-ידי ארגונים אלה, כדוגמת הרישיון שניתן על-ידי המבקשות שלפנינו, מהווה הסדר כובל של תיאום מחירים אשר אסור על-פי הדין האמריקאי per-se. בית המשפט העליון של ארה"ב דחה את הטענה כי מדובר בהסדר אסור per-se, וקבע שיש לבחון את ההסדר על-פי כלל ההיגיון (rule of reason). לצורך כך החזיר בית המשפט העליון את הדין לערכאת הערעור כדי לבדוק את השאלה האם ההסדר עומד בכללי ההיגיון (rule of reason).

47. אולם, בפניה למשפט האמריקני, יש להביא בחשבון את השוני בין דיני ההגבלים העסקיים בישראל ובין אלו שבארה"ב. בשונה מהדין הישראלי, בו קיים מנגנון לאישור הסדרים כובלים תוך קביעת תנאים ומגבלות שנועדו לרכז את הפגיעה בתחרות (בין באמצעות אישור בית-הדין, ובין באמצעות מתן פטור על-ידי הממונה), בדין האמריקני לא קיים מנגנון דומה, וכל הסדר הפוגע בתחרות, כמוגדר ב-Sherman Act, הוא הסדר בלתי חוקי. על רקע זה, פותחה בארה"ב האבחנה בין כבילות אסורות כשלעצמן

(per se illegal), לבין כבילות שניתן להפעיל לגביהן את כללי ההגיון (rule of reason), ובדרך זו להוציא מתחולת האיסור הסדרים שהיתרונות הכרוכים בהם אינם מצדיקים, חרף פגיעתם בתחרות, את ביטולם. על רקע שוני זה בין הדין הישראלי לבין המשפט האמריקאי, הסביר כב' השופט מ. חשין בפסק דינו בדיון הנוסף בעניין טבעול:

"אין צורך בדמיון מפליג כדי להבין ולידע כי עצם קיומו של מנגנון הכשרה מביא, על דרך ההילוך לאחור, להגדרה שונה של הסדר כובל. פירוש: משפט ישראלי יכול להתיר לעצמו להגדיר הסדר כובל ברחבות יתר, על יסוד הנחה שניתן יהיה להכשיר את הבלתי כשר".

(וראה גם: ת"פ 201/96 מדינת ישראל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ ואח', דינים מחוזי, כרך כו(7) 468; ערר 1/97 איסכור שירותי פלדות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי, כרך לב(1) 64, סעיף 56 לפסק הדין).

התייחס לנושא זה ד"ר דיויד גילה אשר הסביר, כי הסדר תיאום המחירים בין בעלי זכויות יוצרים, הוכשר בפסק הדין בעניין BMI בשל הרצון לשמור על קניינם הרוחני של היוצרים. אולם, בדין הישראלי, אין בשיקול זה כדי להוציא הסדר כזה של תיאום מחירים מגדרו של הסדר כובל:

"בית המשפט העליון בארה"ב אישר תיאום מחירים בין יוצרים חברי ארגון זכויות יוצרים, בשל הרצון לשמור על קניינם הרוחני של היוצרים. בארה"ב, שלא כמו בחוק ההגבלים הישראלי, שיקולים חברתיים כגון הרצון להגן על קניין רוחני נכנסים לעצם השאלה אם ההסדר הוא כובל. בישראל ייחד המחוקק במפורש שיקולים חברתיים (חוץ תחרותיים) המצדיקים הסדר כובל רק להליך של אישור מראש של ההסדר לפני בית הדין להגבלים עסקיים, ואין שיקולים אלה משליכים על השאלה אם ההסדר הוא כובל, שנחתכת רק על סמך שיקולים תחרותיים" (ד"ר דיויד גילה: **האם ראוי לפרוץ את שכר ההסדרים הכובלים ולחסום את השיטפון בגדרות עד-הוקיים? הגיעה השעה לחצוץ בין הסדרים אופקיים לאנכיים** (עתיד להתפרסם בעיוני משפט, בעמ' 23 הערה 39).

מכאן, שהכשרתם של הסדרים מסוג זה במשפט האמריקאי על-ידי השימוש בטכניקה של ה- rule of reason, אינה מצביעה על כך שאין מדובר בהסדרים כובלים כמשמעותם בחוק ההגבלים העסקיים בישראל. כל שניתן ללמוד מכך, הוא שהסדרים אלה טומנים בחובם יתרונות לציבור, שיכול ויצדיקו את אישורם על-פי הדין הישראלי.

48. אשר למשפט המשפט האמריקאי, ראוי להוסיף ולציין, כי הסדרי שיווק משותף של זכויות יוצרים לא הוכשרו על-ידי בתי המשפט (גם לאחר פסק הדין בעניין BMI) באופן אוטומאטי. נהפוך הוא, בשל העובדה שמדובר בהסכם אופקי אשר כולל תיאום מחירים, נדרש המשפט האמריקאי לזהירות יתר, כאשר ההנחה הבסיסית הנה, כי הגבלת תפוקה או תיאום המחירים פוגעים מעצם טבעם בתחרות.

כך למשל, בפסק-דין NCAA שבו עלתה שאלת חוקיותו של הסדר בין קולגיים אמריקאיים המסדיר שיווק משותף לרשתות טלוויזיה של זכויות שידור משחקים, נקבע, שמדובר בהסדר אסור (per se). גם בעניין שלושת הטנורים הנזכר לעיל פסל ה-FTC את ההסכם בין חברות התקליטים Polygram ו-Warner.

גם בהנחיות שהוציאו רשויות התחרות הארה"ב (DOJ ו-FTC) ביחס לרישיונות שימוש בקניין רוחני (Antitrust Guidelines for the Licensing of Intellectual Property - April 6, 1995) § 5.5, נקבע, כי להסכם אשר במסגרתו חוברים יחד מספר בעלי זכויות קניין רוחני לשווק משותף של זכויותיהם על-ידי הענקת רשיון משותף (Cross-licensing and pooling arrangements), נודעים יתרונות כגון הוזלה וחסכון של עלויות עסקה, אך בצד יתרונות אלו קיימים חששות לא מבוטלים לפגיעה בתחרות, לדוגמא חלוקת שוק, תיאום מחירים או הגבלות ביחס למספר הרשיונות שיוענקו, אשר אינם תורמים להגברת היעילות הכלכלית וקידום התחרות בשוק, ואינם הכרחיים לשווק המשותף באופן סביר (ראה גם § 3.36 ל- Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors - April 2000).

על רקע זה, הגבילו רשויות ההגבלים העסקיים האמריקאיות את פעילותם של תאגידי הניהול המשותף של זכויות יוצרים על-ידי צווים מוסכמים (consent decree) במתכונת דומה לתנאי ההסדר הכובל המקובלים על הצדדים שלפנינו.

סיכום ביניים

49. לאור כל אלה, אנו סבורים, שההסדר בין חברות התקליטים בעניין הקמתה והפעלתה של הפדרציה, הנו הסדר כובל.

אישור ההסדר הכובל

50. לאחר שנקבע כי בפנינו הסדר כובל, עולה השאלה האם לאשר הסדר זה ובאלה תנאים. לשם אישור ההסדר על בית הדין לבחון, כמצוות המחוקק, האם ההסדר הוא לטובת הציבור, והאם תרומתו לציבור עולה באופן ממשי על נזקיו. לצורך כך עלינו לערוך את מאזן התועלות והנזקים הכרוכים בהסדר הכובל שלפנינו ולקבוע, כמצוות המחוקק, האם היתרונות עולים, ובאופן משמעותי, על החסרונות. נפתח בצד היתרונות.

התועלות הכרוכות בהסדר הכובל

51. יתרונותיו של ההסדר הכובל שלפנינו הן בכך שהוא מספק מכשיר חיוני לאכיפת זכויות היוצרים; מביא לחסכון בעלויות; הגברת התפוקה הקלת הנגישות וייעול השימוש במאגרי היצירות המוגנות.

הניהול המשותף של זכויות יוצרים - כלי חיוני באכיפת זכויות היוצרים

52. היתרון העיקרי הכרוך בהסדר הכובל שלפנינו מבחינת הציבור, הוא שההסדר מהווה כלי חיוני באכיפת זכויות היוצרים.

בעניין זה מקובלת עלינו טענות המבקשות, כי ניהול משותף של זכויות היוצרים הנה הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות הקול המוגנות ולאכוף את זכויותיהם של בעלי זכות ההשמעה ביצירות.

אכיפתן של זכויות יוצרים נתקלת בקשיים רבים. מקורם של קשיים אלה בעובדה, שהיצירה המוזיקלית, לאחר שהוטבעה על-גבי רשומת קול (תקליטור, תקליט, קלטת וכו') והופצה למכירה, נמצאת בהישג ידו של כל אדם, אשר מעשית, להבדיל ממשפטית, באפשרותו להשמיע את היצירה בפומבי ללא היתר ומבלי לשלם את התמורה עבור השימוש. בעלי הזכויות, מנגד, לא יוכלו ברוב המקרים, לעקוב ולפקח על קיום ההשמעות, אופיין וכמותן ולגבות תמלוגים עבור כל השמעה בנפרד.

מכאן, שמבחינה טכנולוגית, הפרת זכויות היוצרים הנה משימה קלה, שקשה מאוד למונעה.

לאור המספר העצום של ההשמעות הפומביות המתבצעות באין ספור מקומות, לא ניתן למעשה לעקוב אחר כל השמעה פומבית. רישיון השמיכה פותר בעיה זו בכך שהוא מאפשר לאכוף את זכויות היוצרים מבלי לעקוב אחר הביצוע כל השמעה והשמעה.

ההסדר חיוני גם לגבי משתמש שאינו מבקש להפר את זכויות היוצרים. משתמש כזה, אשר מעוניין להשמיע יצירה או מספר יצירות, צריך לפנות לכל בעלי הזכויות בכל היצירות ולנהל עמם מו"מ נפרד בעניין ההרשאה. במקרים מסוימים, למשל השמעה פומבית של מוזיקה המשודרת ברדיו או בטלוויזיה, אשר מתאפיינת במגוון רב של יצירות ומספר עצום של בעלי זכויות, אין למשתמש הפרטי כל שליטה על הרפרטואר המושמע ואין לו אפשרות מעשית לאתר את בעלי הזכויות, במיוחד כאשר הוא מבקש להשמיע יצירה מסוימת באופן ספונטני.

גם בעלי הזכויות, אפילו הגדולים שבהם, יתקשו מאוד לנהל משא ומתן פרטני עם כל משתמש ולגבי כל השמעה.

התייחס לכך בית המשפט העליון האמריקאי בפסק הדין בעניין BMI:

"A middleman with a blanket license was an obvious necessity if the thousands of individual negotiations, a virtual impossibility, were to be avoided" (p. 20).

כך קבעה גם הועדה למונופולים ולמיזוגים (COMMISSION THE MONOPOLIES AND MERGERS) האנגלית בדו"ח שלה מאוקטובר 1988 לגבי רישיונות השמיכה Collective Licensing (להלן – דו"ח ה-MMC):

"1.5. Our main conclusion is that collective licensing bodies are the best available mechanism for licensing sound recordings provided they can be restrained from using their monopoly unfairly".

מסיבה זו, כפי שקבע דו"ח ה-MMC רישיון השמיכה נוהג בכל שיטות המשפט אשר מגינות על זכויות היוצרים ביצירותיהם:

"3.4 Collective licensing is adopted everywhere in the world where copyright is enforced. It is long-established (in the United Kingdom since 1914, in some other parts of Europe since the mid-19th century)".

חסכון בעלויות

53. יתרון מרכזי בהסדר הכובל שלפנינו הקשור ליתרון הקודם, מתבטא בחסכון בהוצאות. ההסדר שלפנינו מאפשר ניצול יתרונות לגודל בניהול משותף של הזכויות, הן בקשירת העסקאות והן באכיפת הזכויות על-ידי כלל בעלי הזכויות. החיסכון בהוצאות העסקה והאכיפה גם מוזיל את המוצר הסופי ומאפשר לצרכן ליהנות ממבחר יצירות גדול יותר במחירים נמוכים יותר מאלה שהיה עליו לשלם לו היה צריך לשאת ולתת עם כל בעל זכויות בנפרד (Aspen Law Business - H. Hovenkamp **Antitrust Law**) vol XI p. 224 (1998).

אלמלא ההסדר, גם אם ניתן היה לנהל מו"מ ולכרות הסכם נפרד בגין כל השמעה, עלויות העסקה הכרוכות בניהול מו"מ וקשירת עסקאות נפרדות, היו עולות, פעמים רבות, על התועלת שמפיק המשתמש מהשימוש ביצירה ועל התמורה שבעל הזכויות יכול לגבות עבור השימוש.

הוא הדבר באכיפת הזכויות, שבהעדר הסדר הניהול המשותף, עלויותיהן היו גבוהות, פעמים רבות, מהסכום שניתן לגבות עבור הרישיון. על כן, בעלי זכויות בודדים, במיוחד מפיקי רשומות קול שהיקף עסקם קטן, לא היו יכולים, מבחינה כלכלית, לנסות ולהגן על זכויותיהם כנגד המפרים, שכן שכרם באכיפת הזכויות ייצא בהפסדי עלויות האכיפה.

התוצאה היא ששיטה של הרשאה ואכיפה פרטניים, בדרך של התקשרות בין משתמשים לבין בעלי זכויות אינדבידואלים לגבי כל יצירה ויצירה, אינה כדאית כלכלית הן למשתמש והן לבעל הזכויות.

בהיבט זה מקובלת עלינו הטענה, שפירוק הפדרציה יביא להאמרת עלויות התפעול של מערכי הגבייה של חברות התקליטים, דבר שיגרור עליית המחיר למשתמש או הפרה מסיבית של זכויות היוצרים על-ידי משתמשים, אשר השמעת המוזיקה אינה כה חיונית לעסקיהם ואשר לא יהיו נכונים לשלם עבורה את הסכומים הנדרשים.

גם לשיקול זה התייחס בית המשפט העליון האמריקאי בפסק הדין בעניין **BMI**:

"ASCAP reduces costs absolutely by creating a blanket license that is sold only a few, instead of thousands, of times, and that obviates the need for closely monitoring the networks to see that they do not use more than they pay for.

...

This substantial lowering of costs, which is of course potentially beneficial to both sellers and buyers, differentiates the blanket license from individual use licenses". (p. 21).

והמלומד Hovenkamp כותב בספרו **Federal Antitrust Policy** :

"The blanket license arrangement saved untold millions of dollars in transaction costs" (P.210).

הגברת התפוקה, הקלת הנגישות וייעול השימוש במאגרי היצירות המוגנות

54. יתרון נוסף בהסדרים שלפנינו הוא בהיותם מגבירי תפוקה.

מבחינת המשתמש, הרישיון הגורף מאפשר נגישות ספונטאנית מהירה ויעילה למגוון רחב של יצירות, שכל היצירות בו זמנית, ללא הגבלה על מספר ההשמעות או זהות היצירות המושמעות. מבחינת בעלי הזכויות, תאגיד הניהול מאפשר להציע לציבור רפרטואר רחב ביותר. אין ספק, שאילו נזקקו הצדדים לבצע עסקאות נפרדות בגין כל השמעה, היה הדבר גורם להפחתה ניכרת בהיקף ההשמעות הפומביות שהיה מתאפשר בטכניקה זו.

התייחס גם לנושא זה בית המשפט בעניין **BMI** :

"The blanket license... accompanies the integration of sales, monitoring, and enforcement against unauthorized copyright use... the blanket license developed ... out of the practical situation in the marketplace: thousands of users, thousands of copyrights owners, and millions of compositions. Most users want unplanned, rapid, and indemnified access to any and all of the repertory of compositions. And the owners want a reliable method of collecting for the use of their copyrights" (p. 20).

ופרופ' לנדס מציין במאמרו בנושא זה :

"So, not only does ASCAP's blanket license lower transaction costs compares to direct licensing, but it also expands output. In short, ASCAP is a procompetitive joint venture" (Landes, **Harm to competition: Cartels, Mergers and Joint Ventures**, in **Collaborations Among Competitors**, Fox & Halverson, (Editors) (1991), Originally appeared at 52 Antitrust L.J. 625, p. 31).

המלומד Hovenkamp מסביר נושא זה של הגברת התפוקה הכרוכה ברישיון הגורף בדוגמא הבאה (IP : 22.6§ and Antitrust)

משתמש א' מוכן להציע עבור יצירה 1 10,000 ₪, ועבור יצירה 2, 3,000 ₪.

משתמש ב' מוכן להציע עבור יצירה 1, 5,000 ₪, ועבור יצירה 2, 8,000 ₪.

בעל הזכויות ביצירות יכול לתמחר את היצירות בכמה אופנים :

- לדרוש עבור יצירה 1 10,000 ₪ ועבור יצירה 2 8,000 ₪ - במקרה זה משתמש א' ירכוש את יצירה 1 ואילו משתמש ב' ירכוש את יצירה 2. הסכום הכולל שיתקבל הוא 18,000 ₪.
- לדרוש עבור יצירה 1 5,000 ₪ ועבור יצירה 2 3,000 ₪ - במקרה זה כל משתמש ירכוש כל אחת מהיצירות - הסכום הכולל שיתקבל הוא 16,000 ₪.
- למכור רישיון כולל לשימוש בשתי היצירות גם יחד במחיר של 13,000 ₪ - במקרה כזה כל משתמש ירכוש את הרישיון הכולל - הסכום הכולל שיתקבל הוא 26,000 ₪. ללא הרישיון הכולל, כל משתמש היה משמיע יצירה אחת בלבד, שכן בעל הזכויות היה מעדיף למכור את היצירות בחלופה הראשונה.

העדר בלעדיות

55. יתרון נוסף בהסדר שלפנינו מתבטא בכך שהוא מאפשר לחברות התקליטים למכור רישיונות השמעה מתוך הרפרטואר שלהן, שלא באמצעות הפדרציה, ללא כל הגבלה.

56. בעקרון, האיסור על בלעדיות ושמירת האפשרות להנפקת רישיונות חלקיים על-ידי כל חברת תקליטים בנפרד, עשויה להפחית מהחשש לתיאום מחיר קרטליסטי על-ידי בעלי הזכויות. שכן העלאת מחיר בלתי סבירה עשויה להביא את המשתמשים להעדיף לרכוש את זכויות ההשמעה ישירות מבעלי הזכויות, ולא במסגרת הארגון המשותף. בכך עשויה להיווצר תחרות בין הפדרציה לבין חבריה. כך מציין פרופ' לנדס במאמרו הנזכר לעיל:

"Our conclusion that ASCAP expands output is reinforced by the nonexclusivity of the rights acquired by ASCAP. Nonexclusivity means that ASCAP competes against its own members who have the option to license their compositions directly to a user of music."

57. עם זאת, בפועל נראה שמכירת רישיונות השמעה מוגבלים על-ידי כל חברת תקליטים שלא באמצעות הפדרציה איננה שכיחה. הדוגמא היחידה שהובאה לפנינו בעניין זה היא הדוגמא של חברת "פלאפון", שקיבלה רישיון השמעה מחברת "הד-ארצי" המתיר לה להשתמש ברפרטואר של חברה זו בלבד.

במצב דברים זה, נראה שהאיסור על הבלעדיות בסוג זה של הסדרים אינו ממלא תפקיד משמעותי בריסון כוח השוק של הפדרציה. כפי שמסביר Hovenkamp, נראה שתופעה זו משקפת את היתרונות הרבים למשתמש הכרוכים ברישיון הגורף:

"The Broadcast Music case very likely involved the unusual situation in which nonventure sales did not act as an effective brake on venture sales, but only because the venture itself created such a significant cost advantage" (Antitrust Law, Vol. XIII, p. 40).

חסרונות ההסדר הכובל

58. הטענות העיקריות שהועלו בספרות ובפסיקה בדבר הנזקים הכרוכים בהסדר הניהול המשותף של זכויות יוצרים, התמקדו ברכישת כוח שוק שניתן לנצלו לרעה; קשירה, הכרוכה בכפיית המשתמש לרכוש זכויות שימוש ביצירות רבות שהוא אינו זקוק להן; ובעיקר - תיאום מחירים.

רכישת כוח שוק

59. אין חולק על כך שהפדרציה הישראלית הנה בעלת מונופולין בשוק השיווק של רישיונות השמעה ושידור של רשומות קול. הפדרציה הישראלית אף מסכימה שהממונה יכריז עליה כבעלת מונופולין.

60. חרף האמור, הפדרציה הישראלית טוענת שאין בידה כוח שוק, ומבחינה מעשית, היא אף נמצאת "תדיר בעמדת מיקוח חלשה ביותר ואין לה למעשה, שום "כוח שוק עודף על יחידה" (עמ' 20 לסיכומי הפדרציה הישראלית). הטעם לדבר נעוץ, לפי הטענה, בכך שהמוצר על כל שימושו נמצא בידי המשתמש – המשמיע הפומבי אשר רכש את המוצר בכסף מלא וכדי למנוע עשיית שימוש לא מורשה ביצירה על הפדרציה להיזקק לבית המשפט.

61. ההליך שלפנינו הנו הליך של אישור הסדר כובל, ולא של ערר על הכרזת מונופולין או על מתן הוראות לבעל מונופולין. עם זאת, בבחינת טובת הציבור כשיקול לאישור ההסדר, יש להביא בחשבון את העובדה שההסדר שלפנינו, ככל שמדובר בפדרציה הישראלית, כרוך ביצירת מונופולין.

62. רכישת מעמוד מונופוליסטי אמנם אינה אסורה בדין הישראלי. עם זאת, עצם קיומו של מונופולין מקים חשש לפגיעה בתחרות תוך ניצול לרעה של מעמדו של בעל המונופולין בשוק (ראה: ערר (י-ם) 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים-מחוזי, לב(1), 66).

63. קיומו של מונופולין בדין הישראלי נגזר מנתח שוק שבידי בעל המונופולין והוא אינו מחייב קיומו של כוח שוק (ראה: פסק הדין בעניין **בזק** לעיל). במקרה שלפניו מקובלת עלינו טענתו של הממונה, שהיקף הרפרטואר שבו מחזיקה הפדרציה הישראלית, העובדה שהשימוש ברפרטואר זה חיוני עבור עסקים רבים, ושיטת השיווק בה היא נוקטת, של 'הכל או לא כלום', מקנה לפדרציה הישראלית כוח שוק מסוים. מסקנה זו נתמכת במדיניות הפליית המחירים הננקטת על-ידי הפדרציה, אשר מצביעה אף היא על קיומו של כוח שוק. כך עולה מחוות הדעת שהוצגה על-ידי הכלכלן מטעם הממונה עסקים, מר גיא בן ישי, שלא נסתרה על-ידי הפדרציה.

64. העובדה שהמוצר (התקליטור) נמצא בידי המשתמש, אשר מבחינה פיזית, להבדיל ממשפטית, יכול לעשות בו שימוש לא מורשה, שכדי למנוע על הפדרציה להיזקק להליכים משפטיים, אינה שוללת מסקנה זו, הגם שהיא יכולה להיות שיקול באישור ההסדר.

65. עם זאת, כאשר מדובר בתאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, נתח השוק הגדול שבידי התאגיד וכוח השוק שהוא עשוי לרכוש בשל כך הנם מאפיינים מובנים בהסדר הכובל, שהם גם אלה אשר מקנים להסדר זה את יתרונותיו באכיפת זכויות היוצרים. שהרי ברור, שתאגיד ניהול שלו נתח שוק קטן, אמנם לא יהא בעל מונופולין ואף לא יקים חשש לניצול לרעה של כוח מונופוליסטי. מאידך, גוף כזה גם לא "יספק את הסחורה" ולא יגשים את המטרה שביסוד הקמתו - אכיפה יעילה של זכויות היוצרים.

66. בהקשר זה יכולה הייתה לעלות השאלה, האם לא היה עדיף לפצל את הפדרציה למספר תאגידי ניהול זכויות, שכל אחד מהם יחזיק בנתח שוק קטן יותר ולא יהא בעל כוח מונופוליסטי.

67. בעניין זה מקובלת עלינו עמדתו של הממונה, כי נראה שהתשובה לשאלה זו שלילית. שכן תאגידים לניהול משותף הם מונופולים טבעיים, מה שנובע מהאפשרות לספק את מלוא הביקוש לשירותיהם בעלות הנמוכה ביותר באמצעות ארגון אחד.

It should also be pointed out that while a natural monopoly may be "anti-competitive, such anti-competitive behaviour may not necessarily constitute a public detriment. Since average costs decline as output increases, society is best served by the single monopoly. The key issue is regulation of its operations to ensure that it does not take advantage of its monopoly position" (Posner, **Natural Monopoly and its Regulation**, 30th anniversary edition (1999), p.1).

68. בהינתן העובדה שהקמת מונופולין ורכישת כוח שוק הן תוצאות נלוות מובנות במיזם המשותף שלפנינו, עולה השאלה האם הפדרציה הישראלית מנצלת לרעה את מעמדה בשוק, בעיקר בדרך של גביית מחירים לא הוגנים. לכך נתייחס בהמשך.

קשירה או מעין קשירה

69. במשפט המשווה נדון בהקשר זה יסוד הקשירה שבא לידי ביטוי בכך שארגון הניהול המשותף של זכויות יוצרים מבסס את רישיונות השמיכה הניתנים על ידו על רכישת זכות השימוש במלוא הרפרטואר שלו, דהיינו על שיטת שיווק של 'הכל או לא כלום'. שיטת שיווק זו עשויה לכפות על המשתמש, בדרך של קשירה או מעין קשירה, לרכוש מוצרים (זכויות השמעה של יצירות מסוימות) להם המשתמש כלל אינו זקוק.

70. השופט Stevens בפסק דין המיעוט שנתן בפרשת BMI, סבר שפעמים, הגברת התפוקה הכרוכה בהסדר זה נכפית על המשתמש, שלא בהכרח מעוניין במלוא הרפרטואר שמעמיד לרשותו רישיון השמיכה:

"The blanket all-or-nothing license is patently discriminatory. The user purchases full access to ASCAP's entire repertoire, even though his needs could be satisfied by a far more limited selection" (p. 31).

71. על-פי חוק ההגבלים העסקיים, "קשירה" מקימה חזקה בדבר ניצול לרעה של מעמדו בשוק של בעל מונופולין. סעיף 29א(ב) לחוק קובע:

"ראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מהמקרים האלה:

...

התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר המקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות".

יסודות הקשירה על-פי סעיף זה הן: קיומו של בעל מונופולין; התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין; בתנאים (בהם מותנית ההתקשרות) שמטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות. (ראה פסק הדין החלקי בעניין **ידיעות אחרונות** (ה"ע 2/96 **הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ ואח'** (פס"מ תשנ"ט (2) 529, 592-591)).

72. במקרה שלפנינו אין חולק (לגבי הפדרציה הישראלית) על קיומו של היסוד הראשון בעילת הקשירה – בעל מונופולין.

73. יסוד הכרחי נוסף בעילת ה"קשירה", הוא קיומם של שני מוצרים, המוצר הקושר – הוא המוצר שבמונופולין והמוצר הנקשר (פסק הדין החלקי בעניין **ידיעות אחרונות** לעיל).

תנאי זה אינו מתקיים במקרה שלפנינו. שכן רישיון השמיכה, שהוא המוצר שבמונופולין, הנו, כפי שנאמר לעיל, מוצר נפרד ושונה מהמוצרים שמספקות חברות התקליטים והוא כבר מכיל בתוכו את זכויות ההשמעה לגבי כלל היצירות של הורי המיזם המשותף. הפדרציה הישראלית מספקת ללקוחותיה רישיון זה ואותו בלבד, והיא אינה מתנה את הספקתו ברכישת מוצרים נוספים. הקשירה נשללת גם לאור העדר בלעדיות, מה שמאפשר למשתמשים לרכוש רישיונות חלקיים מכל אחת מחברות התקליטים בנפרד.

74. נראה שבמקרה שלפנינו אין מתקיימת גם "התנייה", ("התניית ההתקשרות בדבר הנכס שבמונופולין"). שכן לארגון הניהול המשותף אין בלעדיות בשיווק היצירות, וניתן, לרכוש את זכויות ההשמעה ישירות מבעל הזכויות:

"Products A and B are not tied together when buyers choose the bundle from a defendate who also offers the products separately. This conclusion would be overcome when a particular plaintiff can persuade the tribunal that the offer to sell separately was insincere - as when a defendate declined for ceased to deal with anyone who asked for A alone" (Areeda, Hovenkamp & Elhauge X **Antitrust Law** (Little, Brown and Company - 1996) at pp. 316-317).

75. מובן, שהאופציה של רכישה נפרדת חייבת להיות אופציה אמיתית, גם אם בשל העלויות היתירות הכרוכות בה, מחירה גבוה יותר. לדעת השופט Stevens בפסק-דין **BMI**, לפחות לגבי צרכנים גדולים, כמו CBS, מדובר באופציה ריאלית שניתן לממש על-ידי פיתוח מנגנון שיאפשר לה לרכוש את הזכויות שהיא חפצה לשדר בלבד (פסק-דין **BMI** בעמ' 35-36). במשפט האמריקאי בתי המשפט אכן בודקים האם ניתן, באמצעים סבירים, לרכוש יצירות שלא בדרך של רישיון השמיכה (7 IP and Antitrust. ch. 22 p 7).

במקרה זה, אין לפנינו אינדיקציה המצביעה על כך שחברות התקליטים לא יכבדו את הסכמתן לביטול הבלעדיות ויסרבו, או יעמידו קשיים, על דרכו של משתמש שיבקש לרכוש רפרטואר מוגבל שלא באמצעות הפדרציה.

76. גם בהעדר בלעדיות וגם אם חברות התקליטים מסכימות למכור זכויות שימוש שלא באמצעות רישיון השמיכה, יכול שתקים "התנייה" היוצרת "קשירה" מכוח קיומה של "כפייה כלכלית". התנייה כזאת יכול שתקום על-ידי יצירת תמריץ כלכלי על-ידי בעל המונופול לרכוש חבילת מוצרים חלף רכישה נפרדת של מרכיביה (ראה: פסק הדין החלקי בעניין **ידיעות אחרונות**). אולם, מבחן הכפייה הכלכלית לא אומץ באותו פסק דין בצורתו הקיצונית, והוא אינו מתקיים רק משום שניתן לרכוש את החבילה במחיר זול ממחיר רכיביה כשהם נמכרים בנפרד. שימוש בתמריצים כלכליים המוזילים את החבילה עקב ניצול יתרונות גודל, הפחתת עלויות ייצור והגדלת רווחת הצרכן, הנם אמצעי תחרותיים לגיטימיים שאינם עולים כדי התנייה היוצרת קשירה (**שם**, בעמ' 597-599).

77. במקרה שלפנינו, לא ידוע בשלב זה כיצד יתמחרו חברות התקליטים רכישות נפרדות. מכל מקום, ככל שהמחיר הזול יותר של רכישת רישיון השמיכה ("חבילה") ישקף חיסכון הנובע מצורה זו של התקשרות, יהא בכך כדי לשלול "התנייה" המקימה קשירה אסורה (**CBS v. ASCAP** 620 F. 2d 930 (2nd.) (Cir. 1980) at pp. 936-938; IP and Antitrust ch. 22 pp. 5-7).

78. גם בהעדר "קשירה" כמשמעותה בחוק ההגבלים העסקיים, יכול שתעלה השאלה האם ראוי להתנות את אישור ההסדר הכובל בחיוב הפדרציה למכור רישיונות מצומצמים יותר. זאת כדי למנוע, כפי שסבר השופט Stevens בפרשת BMI, הגברה מלאכותית של תפוקה באמצעות כפיית משתמשים שאינם מעוניינים בכך לרכוש זכויות השמעה במלוא הרפרטואר שמעמיד לרשותם רישיון השמיכה.

79. בקשה כזאת נדחתה בפסק הדין בעניין **BMI, Inc. v. Moor-Law, Inc** (527 F. Supp. 758 (D. Del. 1981). באותו מקרה נטען כי סגנון המוזיקה המושמע בעסקו של התובע הוא מוזיקת קאונטרי והוא אינו נזקק לכל זכויות ההשמעה אשר נכללות ברישיון השמיכה. על כן ביקש התובע להנפיק לו רישיון חלקי אשר יכלול את הרפרטואר שבידי תאגיד הניהול הנוגע לז'אנר זה בלבד. ביהמ"ש דחה את הטענה בציינו, כי מרגע הוצאת רישיון כדוגמת הרישיון המבוקש, העלות, מבחינתו של נותן הרישיון, של הוספת שירים לרפרטואר היא אפסית. יתר על כן, רישיון גורף אינו כולל עלויות אכיפה, שכן הוא כולל את מלוא הרפרטואר. לעומת זאת, במקרה של "רישיון חלקי" קיימת אפשרות שהמשתמש יחרוג מתנאי הרישיון וישמיע יצירות שאינן נכללות ברפרטואר הרישיון. רישיון חלקי מייקר אפוא את עלויות תאגיד הניהול בשל תוספת עלויות הכרוכות בפיקוח ובאכיפה, אשר נחסכות כאמור ברישיון שמיכה. (וראה גם: **IP and Antitrust** § 22.3b2, § 22.5c §22.5f)

80. בהתחשב בעלויות הכרוכות בהספקת רישיונות חלקיים, שהנפקתם עשויה להיות, יקרה מהנפקת הרישיון המלא ובכך שהגדלת היקף זכויות השימוש הניתנות ברישיונות חלקיים אינו כרוכה בעלויות נוספות, נראה שככלל, ובכפוף לאמור בהמשך בעניין רישיונות השמעה לבתי מלון, אין הצדקה לחייב את הפדרציה, כתנאי לאישור ההסדר, לספק רישיונות חלקיים.

תיאום מחירים

81. הכבילה המרכזית בהסדר הכובל שלפנינו, מתבטאת בתיאום מחיר רישיון השמיכה על-ידי חברות התקליטים.

תיאום זה יוצר מחיר אחיד ומונע תחרות בין חברות התקליטים על מחיר השימוש ביצירות. לכך כבר התייחסנו לעיל.

כאן נבקש לעמוד על מאפיינים נוספים של כבילת המחיר, שיש בהם כדי למתן את הפגיעה בתחרות הכרוכה בכבילה זו בהסדר שלפנינו.

כבילה נלווית (Ancillary Restraint)

82. מאפיין ראשון בחשיבותו בקשר לכבילה זו, הוא שמדובר בכבילה מובנית אשר הכרחית לעצם קיומו ושיווקו של רישיון השמיכה. למעשה, לא ניתן להפעיל הסדר מסוג זה בלא תיאום מחירים:

"Indeed, the concept of a 'blanket' license would not even work if each artist remained free to set its own price." (**IP and Antitrust**, Vol. II ch. 30 p.8).

וכן:

"Such a license could not be given without an agreement among performance right holders as to the price they would charge. If each performance right holder had insisted on setting its own price, then no price could be put on a blanket license until after it was determined precisely which compositions a radio station or other licensee intended to play, how often it would play each one, and so on. Requiring the station to produce this information in advance of procuring the license, or even issuing the license and then subsequently determining the price, would have undermined most of the advantages of using a blanket license in the first place" (H. Hovenkamp XI **Antitrust Law** (Aspen Law Business - 1998) p. 237).

בהתחשב ביתרונות לציבור הכרוכים בהסדר זה ובעובדה שכבילת המחיר הכרחית לקיומו של ההסדר, יש להתייחס לכבילה זו כאל כבילה נלווית (ancillaries) ולא ככבילה "עירומה" (naked):

"The blanket license, as we see it, is not a 'naked restraint of trade with no purpose except stifling of competition' ... but rather accompanies the integration of sales, monitoring, and enforcement against unauthorized copyright" (H. Hovenkamp XI **Antitrust Law** (Aspen Law Business - 1998) ¶ 1906a. ¶ 1906d).

המשפט האמריקאי, שבו תיאום מחיר אופקי נחשב ככלל כהסדר אסור *per se*, מוכן לסבול כבילה זו, כאשר מדובר במיזם משותף המביא להרחבה משמעותית של התפוקה והגברת יעילות, וכאשר כבילת המחיר חיונית לקיומו (Hovenkamp, *Antitrust Law*, Vol. XII, p. 61). זה גם היה השיקול שהביא את בית המשפט העליון של ארה"ב להכשיר הסדרים אלה על-פי כללי ההיגיון בעניין BMI.

טענות בדבר גביית יתר בגין הרשאות שאינן דרושות למשתמשים

83. השופט Stevens סבר, בפסק דינו בפרשת BMI, שכפיית המשתמשים לרכוש זכויות שימוש רחבות מאלה הדרושות להן מחייבת אותם, על-פי שיטת שיווק זו, להוציא יותר כסף, ממה שהיו מוציאים בשוק תחרותי בו יכולים היו לרכוש רק את היצירות שבהשמעתן הם חפצים:

"The ASCAP system requires users to buy more music than they want at a price which, while not beyond their ability to pay and perhaps not even beyond what is "reasonable" for the access they are getting, may well be far higher than what they would choose to spend for music in a competitive system. It is a classic example of economic discrimination" (p. 30-32).

84. טענה זו לא התקבלה על דעת שופטי הרוב באותו פסק-דין, והיא נדחתה גם בספרות המשפטית. לאור היתרונות לגודל הכרוכים בהנפקת רישיון כולל, החיסכון בהוצאות והעובדה שתוספת יצירות לרישיון חלקי אינו כרוכה, מבחינת תאגיד הניהול המשותף, בהוצאה נוספת, נראה שמבחינה מעשית, הרחבת היקף הרפרטואר אינה מייקרת את הרישיון. בשל הוצאות האכיפה הכרוכות במתן רישיונות חלקיים, נראה שחלופה זו אף עשויה לייקר את הרישיון החלקי על פני הרישיון המלא. ככל שהגבלת הרפרטואר עשויה בכל זאת להוזיל את הרישיון, האפשרות לכך נשמרת על-ידי הטלת איסור על בלעדיות ומתן אפשרות לכל משתמש להתקשר באופן ישיר עם חברות התקליטים לשם רכישת זכויות שימוש בהיקף קטן מהרפרטואר הנכלל ברישיון השמיכה.

אפליית מחירים

85. שיטת השיווק באמצעות רישיון השמיכה, כרוכה בקביעת מחירים שונים למשתמשים שונים, כאשר המחיר למשתמש נגזר, בעיקר ממידת החשיבות בהשמעת המוזיקה לעסקו. על רקע זה מחולק המחירון של הפדרציה הישראלית למספר תת-קבוצות: מקומות שלמוזיקה השפעה ישירה על הכנסת המקום (אולמות אירועים, אולמות ריקודים, אולמות החלקה על קרח, דיסקוטק ובתי מלון); מקומות שלמוזיקה השפעה עקיפה על הכנסות העסק (בתי קפה, מסעדות, פאבים, קבוצים, אולמות תיאטרון, בריכות שחייה, קאנטרי-קלאב, פארק מים, מרכזיות טלפון ואולמות משחקים); מוזיקת רקע במקומות בילוי (אצטדיון, מרכזי ספורט, מועדוני כושר, מתנ"סים, פארקים וירידים); מקומות שהמוזיקה היא רקע לעיסוק אחר (חנויות, קניונים, מספרות, מרפאות ואוטובוסים); ושימוש ציבורי מעורב (עיריות ומועצות מקומיות).

בכל תת קבוצה המחירון כולל אמות מידה נוספות, אשר מבוססות בעיקר על מספר השומעים. כך מביא המחירון בחשבון את מספר האנשים המורשים להיכנס לעסק (מועדוני לילה, אולמות ריקודים וכו'), שטח האזור המיועד למכירה (חנויות וקניונים), מספר ימי הפעילות של העסק בשבוע/שנה, ומספר התושבים (בנוגע לרשויות מקומיות).

אמת המידה המקימה אפליית מחירים בהקשר שלפנינו, הנה זו הנוגעת לחשיבותה של השמעת המוזיקה עבור עסקו של המשתמש.

86. הפדרציה אינה מכחישה כי קיימת אפליית מחירים מסוימת במחירון. אולם, לטענתה, מאפיין זה של המחירון, המושתת על חשיבות המוזיקה לעסקו של המשתמש, מביא בסופו של דבר להגדלת כמות הרישיונות המסופקים לציבור ולהקצאה יעילה יותר של רישיונות ההשמעה. העובדה כי המחיר עומד בפרופורציה לערך השמעת המוזיקה עבור העסק, מאפשרת גם לעסקים אשר ערך ההשמעה עבורם פחות לקבל רישיון השמעה ולבצע השמעות פומביות במחיר נמוך המשקף את ערך ההשמעה עבורם.

87. אפליית מחירים מתקיימת במקום שבו המוצר נמכר במחירים שונים שאינם נובעים מפערים בעלויות. התייחסו לכך המלומדים Scherer ו-Ross :

"No simple, all-inclusive definition of price discrimination is possible. Succinctly, price discrimination is the sale (or purchase) of different units of a good or service at price differentials not directly corresponding to differences in supply cost" (F.M. Scherer & D. Ross, **Industrial Market Structure and Economic Performance** (Boston. 3rd ed., 1990, 489)

מצב כזה אכן מתקיים במקרה שלפנינו, שכן פערי המחיר נעוצים בחשיבות הרישיון הגורף למשתמש ואינם קשורים בפערי עלויות.

88. כפי שצוין לעיל, שיטת תמחור מפלה משקפת כוח שוק, שבלעדיו לא ניתן להנהיג שיטתה כזאת של גביית מחיר. גביית מחיר מפלה עשויה להיחשב אף כניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. זאת, על-פי סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר קובע, כי יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור אם הוא קובע תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי מתחרים בהם.

89. עם זאת, כפי שציין הכלכלן גיא בן ישי בתצהירו, אפליית מחירים על-ידי בעל מונופולין אינה, בהכרח, פרקטיקה פסולה, ובמצבים מסוימים בעל מונופולין המפלה במחיר עשוי להגדיל את הכמות המסופקת בהשוואה למונופולין הנוקט באחידות מחירים. במצבים כאלה אפליית מחירים עשויה להביא לכדי הקצאה יעילה יותר של משאבים בהשוואה לאחידות תעריפים" (סעיף 14 לתצהיר).

התייחסו לכך המלומדים Scherer ו-Ross בספרם הנזכר :

"Price discrimination is sometimes condemned because it is symptomatic of monopoly, and the exploitation of monopoly power implies a misallocation of resources. This is an inappropriate criticism if monopoly power would be present whether or not discrimination were practiced. The correct question is, are resources allocated more or less efficiently under discriminating monopoly than under simple (uniform price) monopoly? The answer depends in part upon the type of discrimination exercised." (p. 494).

90. על רקע זה מקובלת עלינו טענתו של הכלכל בן ישי, כי "נראה כי אפליית המחירים על-ידי הפדרציה היא אפליית מחירים יעילה יותר מתמחור אחיד, שכן היא מאפשרת ליותר משתמשים לרכוש רישיון השמעה ולהשמיע מוזיקה באופן חוקי, זאת בהנחה כי למשתמשי הפדרציה שונות מהותית בביקוש או בנחיצות של השמעת מוזיקה. באופן זה יכולה הפדרציה להעניק רישיונות השמעה הדרושים בחוק, במחיר זול יותר גם למשתמשים שערך ההשמעה עבורם קטן למדי. מנגד, חיוב הפדרציה לקבוע מחיר אחיד היה גורם לכך שאותם משתמשים שלא היה ביכולתם לשלם את אותו המחיר היו נאלצים להימנע מהשמעת מוזיקה (או להפר את החוק). כך, [אם] בית קפה קטן המשמיע מוזיקת רקע יידרש לשלם את אותו הסכום שנדרש לשלם דיסקוטק הוא עשוי לוותר על השמעת המוזיקה".

91. אפליית המחירים במקרה זה, ככל שהיא מבוססת על חשיבות המוזיקה לעסק, אף אינה בגדר ניצול לרעה של מעמדו בשוק של בעל המונופולין, שכן היא אינה כרוכה בקביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן על פני מתחריהם. הבחנה בין עסקים לפי חשיבות המוזיקה עבור העסק, אינה מקנה לאלה מלקוחות הפדרציה יתרון בלתי הוגן על פני המתחרים בהם, שכן המופלים לרעה או לטובה נמנים על אותו סוג של עסקים. כך, למשל, קביעת תעריף נמוך יותר לבית קפה, שהשימוש במוזיקה חיוני פחות לעסקו, לא תקנה לבית הקפה יתרון על פני דיסקוטק, שחשיבות המוזיקה עבורו גבוהה יותר, שכן שני העסקים אינם מתחרים זה בזה.

92. לאור האמור, אנו סבורים שאפליית המחירים במקרה שלפנינו אינה פוגעת בציבור ואינה מונעת את אישור ההסדר הכובל.

סבירות מחירי הפדרציה

93. כפי שצוין לעיל, הוכח להנחת דעתנו, שלפדרציה הישראלית כוח שוק מסוים. נראה שגם הפי"ל מחזיקה בכוח שוק מסוים, בשל המאפיינים הייחודיים של היצירות שבידה וחשיבותן, לפחות לחלק מהעסקים. כוח שוק זה אכן מעלה חשש לגביית מחירים מונופוליסטיים.

94. הממונה טען בסיכומיו, כי "ניצולו של הכוח המונופוליסטי עשוי להתבטא בקביעה של תעריפים גבוהים מדי, שאינם מותירים חלק רב מעודף צרכן בידי המשתמש" (עמ' 31 לסיכומיו). הממונה הוסיף וטען, כי "יש מקום להניח ברמת ודאות גבוהה כי שיעור דמי הרישיון הנדרש על-ידי הפדרציה יהיה מונופוליסטי [וכי] יש מקום להניח כי שיעור דמי הרישיון שייגבו על-ידי הפדרציות לא יסקף את שיווי המשקל התחרותי, אלא יסקף את נקודת שיווי המשקל שממנה והלאה יקטנו רווחיה של כל פדרציה..." (עמ' 29).

95. על רקע זה עלתה בהליך זה שאלת סבירות המחירים הנגבים על-ידי הפדרציה עבור רכישת זכויות השימוש. לטענת הפדרציה, בגלל ייחודו של תחום הקניין הרוחני, גיוון המשתמשים והעדר קריטריון לקביעת עלות המוצר כבסיס למחיר, קיים קושי בהערכת סבירות המחירים מבחינה כלכלית. שאלת סבירות המחירון, לשיטתה של הפדרציה, היא שאלה נורמטיבית-ערכית ולא כלכלית-כמותית. כך או אחרת, הפדרציה טוענת כי מחירה סבירים.

הפיי"ל, המבקשת בתיק ה"ע 3666/00, מוסיפה וטוענת בעניין זה, כי אי אפשר לתמחר מראש ביצוע של יצירה פלונית, כי אם בדיעבד בלבד, וכי תשלום התמלוגים מתבצע מראש עבור זכות הגישה למאגר ולא עבור ביצועה של יצירה פלונית מספר מסוים של פעמים. מנקודת ראותו של בעל הזכות, נטען, יש לתת משקל מיוחד לערך הכלכלי המוסף שיש בביצוע פומבי ולעלויות האכיפה.

מבחינה קונקרטית נבנה המחירון, כפי שמסבירה הפדרציה הישראלית, על בסיס המחירון שהוסכם עם התאחדות בתי המלון, זאת משום שלדברי הפדרציה "בית מלון מהווה מיקרוקוסמוס של שירותים מהם ניתן לצאת כנקודת מוצא". שיקול נוסף אשר הועלה על-ידי הפדרציה בהקשר זה, הוא שהתאחדות בתי המלון, המתנגדת 2, המאגדת כ-90% מבעלי בתי המלון מהווה היא עצמה גוף מונופוליסטי שיש לו כוח שוק המאזן את כוחה של הפדרציה במו"מ על גובה התמלוגים. לפיכך, נטען, שהמחירון אשר משמש כבסיס לתעריפי הפדרציה, נקבע כתוצאה ממו"מ שוויוני בין הפדרציה להתאחדות בעלי בתי המלון, מה ששולל כל טענה בדבר ניצול כוח שוק, והוא משקף, לשיטתה של המבקשת, מחיר סביר והוגן. זאת, לאחר שהתאחדות המלונות המליצה לחבריה על רמת מחירים הנראית בעיניה סבירה והמלצות ההתאחדות באו לידי ביטוי במחירון.

לטענת הפדרציה הישראלית, המחירון אף נבדק והשווה למחירונים במדינות אחרות הדומות לישראל מבחינת אוכלוסייה והכנסה לנפש ונמצא כי הוא דומה בעיקרו למחירונים במדינות הנ"ל. בתמיכה לטענה זו צירפה הפדרציה חוות דעת מומחה (פרופ' שטיינברג). פרופ' שטיינברג ערך, לדבריו, מחקר השוואתי שבו הוא השווה את מחירי הפדרציה למחירים הנגבים על-ידי ארגונים דומים לניהול זכויות במדינות אחרות. מסקנתו "החד-משמעית", של אותו מחקר הייתה, שמחירון הפדרציה עבור זכות ההשמעה הפומבית הנו קרוב לממוצע התעריפים המקובלים במדינות מערב אירופה. לגבי תעריפי בתי-מלון, דיסקוטקים וחדרי כושר, נמצא במחקר, שתעריפי הפדרציה נמוכים באופן יחסי מהמחירים שנגבו באותן מדינות בסקטורים אלה. לעומת זה, תעריף הפדרציה למסעדות ולחנויות, נמצא במחקר, גבוה יחסית למחירים הנגבים באותן מדינות בסוג זה של עסקים.

96. המתנגדות, בעיקר התאחדות המלונות, טוענות מנגד, כי מחירון הפדרציה איננו סביר, שכן הפדרציה הישראלית משתמשת בכוחה המונופוליסטי כדי לגבות מחירים מופרזים, מה שמייקר לציבור את מחיר השירותים הכרוכים בביצוע מוזיקה ופוגע בציבור. לפיכך היא טוענת, לא ניתן לאשר את ההסדר הכובל נשא הבקשה, קודם שבית הדין יסדיר את מחירון הפדרציה או לפחות יקבע קריטריונים שיאפשרו לקיים עליו פיקוח. אישור ההסדר ללא הסדרת נושא גובה התמלוגים יעניק לפדרציה כוח שוק כזה ששכרם של הצרכנים ייצא בהפסדם.

התאחדות המלונות גם כופרת בטענה כי המו"מ עם הפדרציה הישראלית היה שוויוני. לטענתה, מו"מ זה נוהל מעמדת כוח של הפדרציה, אשר יכלה לכפות את רצונה על התאחדות המלונות, רק בשל כך שמדובר במוצר בעל חשיבות לפעילותם של המלונות ובשל כוחה המונופוליסטי של הפדרציה.

התאחדות המלונות הגישה חוות דעת שנערכה על-ידי רו"ח שמשון אדלר. בחוות דעת זו נטען, כי תעריפי התמלוגים לפיהם מחויבים בתי המלון גבוהים בצורה ניכרת מהתעריפים לפיהם מחויבים סקטורים אחרים, ללא הצדקה כלכלית (עמ' 4 לחוות הדעת). כך, למשל, נטען, שאין כל הצדקה לכך שהכנסות הפדרציה מבתי המלון כמעט ישתוו להכנסותיה מרשות השידור ויעלו על הכנסות הפדרציה מתאגידי השידור האחרים, כגון זכייניות ערוץ 2, גלי צה"ל וחברות הכבלים. זאת, בהתחשב בקריטריונים שקבעה הפדרציה עצמה, המושתתים על היקף השומעים הפוטנציאליים ועל חלקה של המוזיקה בעסקו של המשתמש. בתי המלון מקופחים, לפי הטענה, גם במובן זה שהם משלמים בגין מוקדי הפעילות השונים המתנהלים בהם (מסעדות, פאבים, דיסקוטקים, בריכות שחייה וכדו') תמלוגים גבוהים מהתמלוגים

הנגבים סקטורים אחרים המקיימים, מחוץ לבתי המלון, פעילויות בעלות אופי דומה. המחירים הנגבים בפועל על-ידי הפדרציה, נטען, אינם עומדים גם בקריטריונים שהיא עצמה קבעה (כגון מרכזיות המוזיקה בעסק וגודלו), והם מחירים שרירותיים שאינם עומדים בפרופורציה ביחס לאופיו של המלון והיקף השימוש במוזיקה שנעשה בו. בתי המלון מקופחים, לפי טענת המתנגדת 2, גם משום שתעריפי הפדרציה הישראלית אינם מתחשבים ברמת התפוסה בפועל של בתי המלון.

97. הממונה, כפי שנאמר לעיל, מסכים כי מעמדה המונופוליסטי של הפדרציה הישראלית מקים, בסבירות גבוהה, חשש לקביעת מחירים לא סבירים, דרישות תשלום בגין שימושים אשר קיים ספק רציני לגבי זכותה של הפדרציה למנעם וכדומה.

הממונה אף טוען, שביסוס המחירון על התעריף שהוסכם עם התאחדות המלונות אינו סביר, הואיל וההסכמה עם התאחדות המלונות משקפות אך את האינטרסים של המלונאים ובנויה לפי מידותיהם, כאשר המחיר הגבוה של ההשמעה במתקנים (חדר כושר, דיסקוטק) נועד לפצות על המחיר הנמוך של ההשמעה בחדרי האורחים. לטענתו, מחירון שהותאם לסקטור אחד מתעלם מאינטרסים של סקטורים אחרים ולכן אינו יכול להיות ישים לגביהם. הממונה גם מציע, שלא לראות במו"מ שנוהל בין התאחדות המלונות לפדרציה מו"מ שוויוני, משום שהוא נוהל בצל האפשרות שעמדה לפדרציה לפנות לבתי המשפט ולבקש הוצאת צווי מניעה כנגד בתי המלון. כמו כן טוען הממונה להעדר שקיפות של המחירון, מה שמקשה על המשתמשים לבחון את סבירותו ולנהל לגביו משא ומתן.

עם זה, הממונה אינו טוען, שהוכח בהליך זה שמחירי הפדרציה הנם מחירים לא הוגנים.

98. בטרם נתייחס לשאלת סבירותם של מחירי רישיון השימוש הנגבים על-ידי הפדרציה, נבקש להתייחס לפן הנורמטיבי שבבסיס הטענה בדבר אי הגינותם של המחירים הנגבים על-ידי הפדרציה.

99. הצדדים ביססו טענותיהם לגבי סבירות המחירים על ההנחה, שבגינת מחירים גבוהים באופן בלתי סביר יש משום ניצול לרעה של מעמדה (המונופוליסטי) בשוק של הפדרציה הישראלית. זאת על יסוד סעיף 29א(ב)(1) לחוק, הקובע כי יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בין היתר, ב"קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין".

100. כאן יש להעיר, ששאלה היא, שטרם נדונה בפסיקה הישראלית, אם מחירים בלתי הוגנים כמשמעותם בסעיף זה, הם אך מחירים נמוכים, ליתר דיוק מחירים טורפניים, או גם מחירים גבוהים. כפי שמציינת ד"ר מיכל גל במאמרה "Monopoly Pricing as an Antitrust Offense in the U.S. and the E.C.: Two Systems of Belief about Monopoly?" העומד להתפרסם ב-Antitrust Bulletin (Summer 2004), במשפט המשווה קיימות בעניין זה שתי השקפות נוגדות. שיטת המשפט האמריקאית אינה אוסרת על מונופול לגבות מחירים גבוהים. בשיטת המשפט הנוהגת בקהילייה האירופאית, גם מחיר גבוה יכול שייחשב כניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי. בישראל כאמור שאלה זו טרם נדונה בפסיקה.

לצורך החלטה זו אנו מוכנים לאמץ, בלא לקבוע בכך מסמרות (זאת, גם בהעדר טיעון בעניין זה מצד הצדדים) את מסקנתה של ד"ר גל, כפי שבאה לידי ביטוי בהרצאה שנשאה בנושא זה ביום עיון שקוים בנושא ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי באוניברסיטת חיפה (מאי 2003), לפיה בעקבות המשפט הנוהג

בקהילייה האירופאית, יש לפרש את סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, כחל גם על גביית מחירים גבוהים.

נראה שלגישה זו הצדקה מיוחדת כאשר מדובר, כמו במקרה שלפנינו, במונופול המוקם בחסותו של הסדר כובל. במקרה כזה, אין מדובר בבעל מונופולין שרכש את מעמדו בזכות, שראוי לאפשר לו, על כן, לממש את פרי עמלו על-ידי גביית מחירים לא הוגנים גם אם הדבר כרוך בפגיעה מסוימת בציבור, שהיא ההשקפה עליה מבוססת גישתו של המשפט האמריקאי לאי התערבות במחירים גבוהים הנגבים על-ידי בעלי מונופולין. שהרי "אין לאדם זכות קנויה לעשות הסדר כובל ... [הזכות לעשות הסדר כובל היא זכותו של הציבור...]" (ה"ע 3276/99 **ערוצי זהב ושות' נ' איגוד במאי קולנוע וטלוויזיה בישראל ואח' (דינים-מחוזי, כרך לב(7) 594**)).

101. שאלה נוספת אשר מתעוררת, בהנחה שגביית מחירים גבוהים עשויה ליפול אף היא בגדרו של סעיף 29א(ב)(1) לחוק, הנה מהם מחירים לא הוגנים.

102. בפסיקת בית המשפט לצדק של הקהילייה האירופאית פותחו לעניין זה שני מבחנים. המבחן האחד הוא מבחן עלויות הייצור. על-פי מבחן זה, מחיר לא הוגן שיש בו משום ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, הוא מחיר שההפרש בינו לבין הוצאות הייצור הנו מוגזם (Case 27/76 **United Brands Co. et al. v. Commission** [1978] 1 CMLR 429).

103. מבחן זה לא ניתן להפעיל במקרה שלפנינו, משום שעלות הייצור השולית הכרוכה בהוצאת רישיון שמיכה (נוסף) היא כמעט אפסית (ראה מאמרו של פרופ' לנדס הנזכר לעיל).

104. מבחן נוסף שני שנקבע במשפט הקהילייה האירופאית לעניין מחיר לא הוגן העולה ככדי ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי, מבוסס על השוואה למחירים הנגבים על-ידי עסקים דומים בשווקים גיאוגרפיים שונים, מקום שנתוני היסוד שבבסיס ההשוואה דומים. הפרשי מחיר גבוהים שאין להם הסבר סביר, עשויים להצביע על ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי (C - 395/87 **Minister Public v. Tournier** [1989] ECR 2521, [1991] 4 CMLR 248).

105. הפדרציה הישראלית ביססה את מאמציה להוכיח את סבירות המחירון על המבחן האחרון, תוך שהיא נעזרת בחוות הדעת של פרופ' שטיינברג, אשר בוססה על השוואת מחירי הפדרציה למחירים הנגבים על-ידי תאגידי ניהול משותף בארצות אחרות.

106. אולם, יישומו של מבחן זה אינו פשוט לביצוע, והוא דורש התייחסות השוואתית לכל הגורמים המשפיעים על רמת ההוצאות בשווקים השונים (ראה מאמרה לעיל של ד"ר גל בעמ' 33).

107. הפדרציה הישראלית לא עמדה במשימה זו. לאור חקירתו הנגדית של פרופ' שטיינברג, לא נוכל לקבל את חוות-דעתו כבסיס להחלטתנו, ולא נוכל לקבוע, שמחירוני הפדרציה סבירים ביחס לאלה הנוהגים במדינות אחרות. לדעתנו, במחקרו של פרופ' שטיינברג נפלו ליקויים רבים. כך, מסתבר, שאין זהות בין הזכויות המוקנות על-ידי הפדרציה לזכויות המוקנות על-ידי תאגידים דומים בחלק מהארצות שנבדקו. בעוד שהפדרציה גובה תמלוגים רק בגין זכויות היוצרים של מפיקי התקליטים, בחלק מהארצות שהמחירים בהן נבדקו במחקר, כוללים התעריפים תמלוגים גם בגין זכויות המבצעים. מסתבר שמידע זה

לא הובא על-ידי עורכי המחקר בחשבון (פרוטוקול 25.3.01, עמ' 89). מחקירתו של פרופ' שטיינברג גם עולה, שבחלק מן המדינות שנבדקו נגבים תמלוגים רק בגין רפרטואר מוגן. כך בדנמרק, נכללות ברפרטואר המוגן, שבגינו נגבים התמלוגים, רק רשומות קול שמקורם במדינות שהן צד לאמנת רומא והוא אינו כולל רשומות קול שמקורם בארה"ב. מסתבר שגם מבנה התעריפים במדינות שונות אינו אחיד ומקשה על השוואת התעריפים. כך, בעוד שהפדרציה גובה מבתי-מלון מחיר נפרד עבור השמעת מוזיקה בחדרים, קיימות מדינות שבהן התעריפים אינם נגזרים ממספר החדרים במלון. במחקר גם לא נבדקו התמלוגים הנגבים בפועל, שאינם זהים בהכרח לאלו הנקובים במחירון. בנוסף, המחקר בדק רק חמישה סקטורים מתוך כ-25 סקטורים הנכללים במחירון הפדרציה, כאשר בחלק מהמדינות המחירונים מתייחסים ל-60 סקטורים (אנגליה). פגמים אלה ופגמים נוספים שנפלו במחקר זה אינם מאפשרים לייחס לתוצאות המחקר משקל של ממש בהערכת סבירותו של מחיר הרישיון הנגבה על-ידי הפדרציה.

108. מאידך, גם לא הוכח לפנינו שמחירי הפדרציה אינם מחירים הוגנים. המתנגדת 2 ביססה טענותיה בעניין זה בעיקר על השוואה בין המחירים הנגבים מבתי מלון לבין מחירים הנגבים בסקטורים אחרים, ביניהם כאלה שהמוזיקה מהווה מרכיב מרכזי יותר בעיסוקיהם, כמו תאגידי שידור, וכאלה שמנהלים עסקים בעלי אופי דומה למוקדי הפעילות המקבילים בבתי מלון (מסעדות, דיסקוטקים וכו'). השוואה זו אולי עשויה ללמד על כך ששיטת קביעת המחירים על-ידי הפדרציה אינה שיטה עקבית ואינה מבוססת על מדיניות מחירים שיטתית וסדורה. אולם, בכך בלבד אין כדי לבסס את הטענה כי מחירה של הפדרציה אינם הוגנים.

109. על רקע זה, עולה השאלה על מי מוטל נטל ההוכחה להראות שמחירי הפדרציה סבירים, ואין בהם משום ניצול לרעה של מעמדה בשוק. לכאורה, נטל ההוכחה בדבר ניצול לרעה של המעמד המונופוליסטי מוטל על מי שטוען לניצול כזה. אלא שבמקרה שלפנינו הפדרציה היא אשר מבקשת לאשר את ההסדר הכובל, ועליה הנטל להראות שההסדר מטיב עם הציבור. משמדובר בהסדר כובל המקים גוף מונופוליסטי אשר כרוך גם בתיאום מחירים, ובהינתן קיומו של חשש ממשי לגביית מחירים מונופוליסטיים, מתבקש היה שמבקש האישור יראה שלחשש זה אין יסוד וכי המחירים הנגבים על-ידי תאגיד הניהול המשותף הם מחירים הוגנים שאינם מנצלים כוח שוק. שיקולים אלה יפים בעיקר לגבי הפדרציה הישראלית, שהיא בעלת מונופולין. עם זאת, גם הפי"ל לא הוכיחה שהמחירים הנגבים על ידה עבור רישיון השמיכה הם מחירים סבירים.

110. משסבירות המחירים לא הוכחה, עולה השאלה האם ניתן לאשר את ההסדר הכובל, במיוחד זה של הפדרציה הישראלית, חרף החשש שלא הופג, בדבר ניצול כוח שוק על-ידי גביית מחירים מונופוליסטיים לא הוגנים. הואיל וטובת הציבור היא שעומדת לדיון ומחייבת הכרעה, שקלנו גם את האפשרות, שחרף כישלונה של הפדרציה להוכיח את סבירות מחירה, בית הדין ימנה מיוזמתו מומחה אשר יבחן את סבירותם של מחירי הפדרציה.

111. לאחר התלבטות, הגענו לכלל מסקנה שאין מקום לכך שבית הדין יבחן מיוזמתו במסגרת ההליך הנוכחי את סבירות מחירה של הפדרציה. לדעתנו, אי הוכחת סבירות מחיר הרישיון, אף אינה צריכה, כשלעצמה, להביא לדחיית הבקשה. מסקנה זו מושתתת על מספר טעמים:

ראשית, הגענו לכלל מסקנה, שמבחינה מעשית, אין בידנו לבחון את כל מאות התעריפים שנקבעו על-ידי הפדרציה במחירון. קביעה כזאת מחייבת בחינה מקיפה ומורכבת של מאות עסקים ומאפייניהם, ובידי בית הדין אין אפשרות מעשית לבצעה. לאור מורכבות הבדיקה והעובדה שמדובר בנושא שהוא במידה רבה

נושא חדש למערכת המשפט בישראל, מקובלת עלינו דעתו של הממונה, כי ראוי שנושא גובה התמלוגים הראוי יתפתח בפסיקת בתי המשפט באופן הדרגתי ממקרה למקרה, ולא יקבע מראש על-ידי בית הדין.

שנית, הלקוחות העשויים להיפגע ממחירון זה, למעט התאחדות המלוונות והתאחדות בעלי אולמות האירועים, אינם נמצאים בפנינו. יקשה עלינו לקבוע את סבירות התעריפים, הנגזרת, במידה רבה, ממאפייני הביקוש של עסקים אלה, בלא שהעסקים הנוגעים בדבר או נציגיהם יאמרו את דברם.

שלישית, ייתכן שהמנגנונים המרסנים שנקבעו בהליך זה יובילו לשינוי התעריפים הקיימים של הפדרציה, תהליך שלא ניתן לבחון אותו בשלב זה.

רביעית, פיקוח על מחירי הפדרציה יצריך התערבות שוטפת של בית הדין לצורך אכיפה ועדכון של התעריפים, תפקיד שאינו מעניינו של בית הדין. גם במשפט המשווה, לא נזקקו רשויות ההסדרים הכובלים, במסגרת הסדרת פעילותם של תאגידי ניהול משותף של זכויות יוצרים, לבחינת פרטנית של התעריפים הנגבים על-ידי גופים אלה. המלומד Areeda אף מציין בספרו, בהתייחסו לפסק הדין בעניין BMI, שקביעת מחיר הרישיון אינה מעניינו של בית המשפט (Phillip E. Areeda *Antitrust Law*, (Little, Brown and Company, Boston, Toronto, London), p. 237).

מנגנונים מרסנים

112. לאור שיקולים אלה ובכפוף לאמור בהמשך, מקובלת עלינו עמדתו של הממונה, כי יש להסתפק בהליך זה בקביעת מנגנונים שירסנו את כוח השוק של הפדרציה, ויבטיח ללקוחות הנזקקים לשירותיה, אם יחלקו על המחיר הנדרש מהם, מנגנון מבני והתנהגותי אשר יגביר את כושר המיקוח של המשתמשים מול הפדרציה ויאפשר קביעת מחיר סביר והוגן. על מתכונת זו הושתת גם הצו המוסכם (consent decree) של משרד המשפטים האמריקאי וארגוני ניהול הזכויות ACSAP ו-BMI.

113. בעניין זה אנו סבורים שהתנאים המפורטים להלן, שהוסכמו בין הממונה לבין הפדרציות, כתנאים שבהם יותנה אישור ההסדר, הם תנאים סבירים שיש בהם כדי לרסן את כוח השוק של הפדרציה תוך יצירת מנגנון ראוי לבירור המחלקות שטיפולנה בעניין סבירות התעריפים בין הפדרציה לבין הנזקקים לשירותיה.

איסור על בלעדיות

ההעברה של זכויות ההשמעה לפדרציה על-ידי חברות התקליטים לא תהיה בלעדית, והפדרציה מתחייבת לא למנוע ולא להתערב בזכותו של חבר או מיוצג לתת רישיון השמעה נפרד.

בדרך זו תשמר למשתמשים האפשרות שלא לרכוש את זכות השימוש במלוא הרפרטואר של הפדרציה ולעשות עסקות של מתן רישיון שימוש המתייחס לרפרטואר מוגבל עם חברות התקליטים עצמן. כפי שהוסבר לעיל, מניעת הבלעדיות אף עשויה לעודד תחרות בין הפדרציה לבין חברות התקליטים ולמנוע העלאת מחירים לא מבוקרת של מחיר רישיונות השימוש על-ידי הפדרציה.

הגבלת כוח השוק שבידי הפדרציה

על-פי תנאי ההסדר הפדרציה הישראלית תוכרז על-ידי הממונה כבעלת מונופולין בתחום מתן רישיונות השמעה ושידור של רשומות קול, מה שיחיל עליה את הוראות פרק המונופולין שבחוק ההגבלים העסקיים, אשר נועד למנוע ניצול לרעה של מעמדו בשוק של בעל המונופולין.

במסגרת זו, הפדרציה הישראלית אף נטלה עליה התחייבויות אשר תואמות את ההגבלות המוטלות בדין על בעל מונופולין בשוק. בכלל זה התחייבה הפדרציה: לא למאן ליתן רישיון מטעמים לא סבירים ולתעד את טעמי הסירוב לכל בקשה; לא להפלות בין משתמשים דומים במחירי השימוש ובתנאי הרישיון; לא לנצל את כוחה המונופוליסטי ע"י גביית דמי רישיון לא סבירים; לא להגדיל או להקטין את כמות הרישיונות הניתנים על ידה שלא במסגרת תחרותית; ולא להתנות את ההתקשרות בתנאים שלא ממין העניין.

פתיחתה של הפדרציה לפני מצטרפים חדשים

הפדרציה התחייבה כי החברות בה תהיה פתוחה בפני כל מי שיבקש להצטרף לשורותיה והיא תעניק שירותים לכל חברה, בלא להפלות בין חברים וותיקים לחדשים.

הגברת כוח המיקוח של משתמשים כלפי הפדרציה

במסגרת זו התחייבה הפדרציה למתן את עוקץ הסעדים להם היא תזקק עקב פגיעה בזכויות הקניין הרוחני של חברה, וזאת במספר דרכים. ראשית, הפדרציה מתחייבת להציג בפני המשתמש דרישת תשלום ולהקצות לו תקופה של 60 יום לפחות לשם ניהול משא ומתן על מתן הרישיון. 30 יום לפני תום התקופה על הפדרציה לתת תזכורת למשתמש. בתום התקופה של 60 הימים הפדרציה רשאית להגיש תביעה למתן צו מניעה קבוע כנגד ההפרה הנטענת, אולם היא מתחייבת לא לבקש, במועד הגשת התביעה, צו מניעה זמני, אלא להמתין 90 ימים נוספים, ורק אז, אם ההליך לא בא לסיומו, לפנות לביהמ"ש או לבורר בבקשה לצו מניעה זמני. הפדרציה תהא רשאית לבקש מביהמ"ש או מבורר לקבוע דמי רישיון זמניים, והיא נותנת מראש הסכמתה לכך שביהמ"ש יקבע, במקרה של סכסוך עם המשתמש, דמי רישיון ראויים, או יפסוק בדרך של פשרה או יפנה את הסכסוך לבוררות. הפדרציה גם מסכימה לשאת בנטל ההוכחה ובנטל הבאת הראיות בכל הנוגע לקיום הזכות בתקליטים, להפרתה ולסבירות דמי הרישיון שהיא דורשת.

114. בנוסף, הסכימה הפדרציה לנהל מו"מ עם ארגוני משתמשים, כמו התאחדות בתי המלון, מה שמגביר אף הוא את כוח המיקוח של המשתמשים אשר יכולים בדרך זו לפעול מול הפדרציה בכוחות מאוחדים. הוסכם כמו כן, כי הכרעה שתתקבל בהליך שבו מעורב איגוד משתמשים תהווה אמת מידה, לכאורה, לגבי שיעור התמלוגים שיש לשלם למשתמשים מאותו סוג.

115. תנאים אלה אשר מקובלים בהסדרים דומים במשפט המשווה, מפחיתים מכוח השוק של הפדרציה ומאפשרים למשתמש הבודד, או אף לארגון של משתמשים, לשאת ולתת עם הפדרציה על תנאי הרישיון, בלא שחבר הפסקת השימוש ביצירות תרחף עליהם באופן מיידי, מה שעשוי לפגוע קשה בעסקיהם.

אמות מידה לקביעת דמי הרישיון

116. חרף התנגדותו לבחינת תעריפי הפדרציה במסגרת ההליך הנוכחי, מציע הממונה לקבוע אמות מידה לקביעת דמי הרישיון. זאת, כדי להגביר את כוח המיקוח של המשתמש, באמצעות קביעת אבני בוחן בעזרתן יוכל לבחון את דמי הרישיון שהפדרציה מבקשת לגבות ממנו והגברת שקיפות פעילותה של הפדרציה אשר תעניק למשתמש כלים טובים יותר לניהול משא ומתן על דמי השימוש.

לצורך כך, הממונה מציע להתחשב באמות המידה שפורטו בסעיף 5(א) להצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים) תשס"א-2001. הצעת החוק מונה את אמות המידה הבאות: אופיו של השימוש ביצירות, תכליתו וחלקו במכלול הפעילות של המשתמש, כלומר מרכזיות המוזיקה בעסקו של המשתמש. מוצע גם להתחשב במידת התועלת שמפיק בעל זכויות היוצרים מן ההשמעה (בעיקר פרסום ועיצוב טעמי הקהל), בהיקף השימוש ביצירה וגודל הציבור שאליו מופנה השימוש וכן בחלקן של היצירות המנוהלות ע"י הפדרציה מתוך כלל היצירות שנעשה בהן שימוש. כמו כן, מוצע להתחשב בסכום התמלוגים הכולל שהמשתמש צפוי לשלם לכלל בעלי זכויות היוצרים וכן בתמלוגים המשולמים ע"י משתמשים אחרים מסוגו של המשתמש, כאשר התעריפים שהושגו במו"מ עם משתמש בעל כוח מיקוח משמעותי ישמשו כבסיס לקביעת תעריפים למשתמשים נוספים.

117. לדעתנו, לא הונחה בהליך זה תשתית עובדתית ומקצועית מספקת לקביעת אמות מידה מעין אלה שמציע הממונה. בהליך זה לא סופקו לנו כלים ומידע מספיקים כדי לקבוע אמות מידה כאלה. העובדה שהצעת החוק מתייחסת לאמות מידה אלה, אף היא אינה שיקול מספיק לשם אימוצן על-ידי בית הדין. יש להניח שהצעת החוק בוססה על עובדות ונתונים כמו גם בחינה מקיפה של הנושא על-ידי מומחים לדבר. לנו אין מידע על כל אלה. אם הצעת החוק תאומץ על-ידי המחוקק, ממילא לא תהא עוד משמעות לקביעת בית הדין. הוא הדין, מקל וחומר, אם הצעת החוק לא תאומץ על-ידי המחוקק כלשונה. בכל מקרה, נראה שכוונת מציעי החוק הייתה שהיישום בפועל של אמות מידה אלה ייעשה על-ידי ערכאה מומחית לדבר. ערכאה כזאת תוכל, על יסוד מומחיותה והניסיון המצטבר שיירכש בהליכים רבים, לקבוע לעצמה את דרך היישום של אמות מידה אלה (אם יישארו על פני ספר החוקים), מה שלא ניתן לעשות במסגרת ההליך הנוכחי.

118. משיקולים אלה החלטנו שלא לקבוע בהליך זה אמות מידה לקביעת גובה התעריפים כפי שמוצע על-ידי הממונה.

טענות להעדר זכות לגבות תמלוגים - כללי

119. המתנגדת 2, התאחדות המלונות בישראל טוענת שלפדרציה אין זכות יוצרים בישראל ואין גם זכות לגבות תמלוגים, זאת הן לגבי יצירות זרות והן לגבי השמעות בחדרי אירוח בבתי מלון. טענות אלה מעוררות סוגיות כבדות משקל בעיקר בשתי סוגיות: האם השמעת מוזיקה בחדרי אירוח בבתי מלון הנה בגדר השמעה פומבית המזכה את בעלי הזכויות בתמלוגים והאם היצירות הזרות שעבור השמעתן גובה הפדרציה תמלוגים עבור חברות תקליטים זרות, הן יצירות מוגנות בישראל שניתן על פי דין לגבות עבור השמעתן הפומבית תמלוגים. חלק מסוגיות אלה כלל לא נדונו עד כה, ככל הידוע לנו, בבתי משפט בישראל וכולן טרם נדונו ואין לגביהן הלכות של בית המשפט העליון. המתנגדת 1, התאחדות בעלי אולמות אירועים בישראל, טוענת בנוסף, שאין מקום לגביית תמלוגים מבעלי האולמות וכי על הפדרציה לגבות את התמלוגים מהתקליטנים (או המבצעים) שהם אשר מבצעים בפועל את ההשמעות הפומביות באולמות האירועים, ולא מבעלי האולמות.

120. לטענות אלה הוקדש מקום נרחב בראיות ובסיכומי הפדרציה והמתנגדים. אולם, שאלה מוקדמת היא אם ראוי שבית הדין כלל יזקק לסוגיות אלה במסגרת ההליך הנוכחי.

121. יש לציין, שאיש מהצדדים לא כפר בסמכות בית הדין להכריע בשאלות דלעיל. הממונה אמנם היה סבור שראוי שבית הדין לא יעסוק בנושאים אלה. אך זאת, להשקפתו, לא בשל כך שבית הדין נעדר סמכות לדון בעניין, אלא משום שסוגיות אלה נוגעות למחיר הרישיון, נושא שהממונה המליץ להוציא מכלל המחלוקות הטענות הכרעה בהליך הנוכחי.

122. כפי שצינו לעיל, המלצת הממונה, שלא לדון במסגרת זו בסבירות מחירי הפדרציה, מקובלת עלינו. עם זאת, הסוגיות דלעיל, הגם שיש להן השלכה על מחיר הרישיון, חורגות מנושא המחיר והן נוגעות לעצם זכותה של הפדרציה לגבות תמלוגים.

ככלל, מתן אישור להסדר כובל אינו מחייב את בית הדין לקבוע עמדה לגבי זכויותיהם הקנייניות של הצדדים להסדר בנכסים שבהם הם מבקשים לפעול בחסות ההסדר הכובל. לדוגמא, אם מדובר בהסדר כובל מסוג של מיזם משותף שמטרתו להקים מפעל יצרני, בית הדין אינו אמור לעסוק, במסגרת הדיון בבקשת אישור ההסדר הכובל, בסכסוכים אזרחיים שנפלו בין הצדדים למיזם המשותף לבין צד שלישי לגבי זכויותיהם של הצדדים להסדר במקרקעין המיועדים להקמת המפעל, גם לא בזכויות הצדדים בפטנטים שישמשו את המפעל בייצור מוצריו. פגיעה מסוג זה באינטרסים של צד שלישי, גם אם היא קשורה מבחינה עובדתית לאישור ההסדר, אף אינה פגיעת הגבל עסקי (ראה: תיק ה"ע 5/98 **אדגר השקעות ופיתוח בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, (טרם פורסם).

123. יחד עם זאת, במקרה שלפנינו מטרתו העיקרית של ההסדר הכובל הנה להבטיח את זכויות היוצרים ולאפשר את אכיפתן בצורה יעילה וזולה. בהיבט זה, זכויות הפדרציה ברפרטואר שבידה אינן עניין הקשור רק במחלוקת אזרחית עם צד ג' כזה או אחר, אלא יש להן השפעה על פעילותה של הפדרציה כלפי כלל הציבור. אם יתברר שלפדרציה אין זכות למנוע השמעה פומבית של חלק ניכר של היצירות שבאמתחתה או בחלק ניכר של מקומות ההשמעה, כי אז יקשה לקבוע שההסדר הוא לטובת הציבור. זאת, לפחות ככל שמדובר בשיתוף פעולה אשר נועד לאפשר גביית תמלוגים שלפדרציה אין זכות לגבות. טול למשל את נושא גביית התמלוגים עבור היצירות הזרות. מדובר בכ – 50% מהרפרטואר שבגין מתן רישיון שימוש בו גובה הפדרציה הישראלית תמלוגים מהמשתמשים. אם נכונה טענת המתנגדים, והפדרציה הישראלית אכן גובה, בחסות ההסדר הכובל, תמלוגים בגין שימוש ברפרטואר שחציו אינו מוגן ואין לפדרציה זכות לגבות בגינו תמלוגים, יקשה לטעון שההסדר הכובל, ככל שהוא מתייחס לחלק זה של הרפרטואר, הנו לטובת הציבור.

124. יתירה מזו, הפדרציה משווקת את רישיון השמיכה בשיטה של "הכל או לא כלום". בהנחה שלפדרציה אין זכות למנוע השמעה פומבית של הרפרטואר "הזר", שיטת השיווק של הפדרציה, שאינה מאפשרת למשתמש לרכוש רישיון חלקי, למשל לרכוש זכות שימוש ביצירות מהפקה מקומיות בלבד, כופה על המשתמש לרכוש גם את אותו חלק של הרפרטואר שזכויות היוצרים לגביו שנויות במחלוקת. הוא הדבר באי מתן אפשרות לרכוש רישיון עבור השמעת מוזיקה בשטחים הציבוריים של המלון בלבד, בלא לכרוך אותו ברישיון השמעה בחדרי האורחים. כפייה כזאת עשויה להתאפשר רק עקב כוח השוק של הפדרציה והעובדה שבידה היכולת למנוע פעילותם של עסקים שהשמעת המוזיקה חיונית לעסקיהם. אולם, כפיית המשתמשים לרכוש רישיון שימוש עבור השמעות שלפדרציה אין זכות לגבות בגין תמלוגים, עולה כדי ניצול לרעה של מעמד מונופוליסטי, שאין מקום להכשירו או לעודדו בדרך של מתן אישור הסדר כובל.

125. בנסיבות אלה, כאשר מדובר בטענות "רוחב" אשר נוגעות לחלק משמעותי מפעילותה של הפדרציה, איננו רואים מנוס מלבחון את טענות המתנגדים בדבר העדר זכויות יוצרים בידי הפדרציה או העדר זכות למנוע השמעה בחדרי אירוח בבתי מלון. להשלכה הנודעת לקבלת טענות המתנגדים, בשלמותן או בחלקן, נתייחס לאור מסקנות הדיון שבהמשך.

גביית תמלוגים בגין שימוש ברדיו וטלוויזיה בחדרי בית מלון

126. ראובן הוא בעל זכות היוצרים ביצירה מוזיקלית או בתקליטור של היצירה. יצירתו משודרת בטלוויזיה (או ברדיו). שמעון מתארח במלון ומאזין ליצירה זאת באמצעות מקלט המותקן בחדרו. האם מדובר בהצגת היצירה (ביצועה בפומבי) שבגינה חייב בעל המלון לקבל מראובן הרשאה ולשלם לו תמלוגים?

טענות הצדדים

127. טענות המבקשת

עמדתם של באי כוח המבקשת היא כי השמעת יצירות מוגנות באמצעות קליטת שידורי הרדיו או הטלוויזיה בחדרי האורחים בבתי המלון הנה "הצגה" כמשמעותה בסעיף 35(1) לחוק זכות יוצרים 1911 (להלן: החוק) והיא מחייבת קבלת הסכמתו של בעל זכות היוצרים, שאם לא כן יהא בכך משום הפרת זכויות יוצרים. על כן, יש לחייב את בתי המלון בתמלוגים בגין מכשירי הטלוויזיה והרדיו המוצבים בחדרי האורחים. תשלום האגרה עבור החזקת המקלטים אינה פוטרת מתשלום תמלוגים, כי האגרה משולמת על עצם החזקת המקלט ולא על הצגת היצירות המשודרות.

טענה זאת שני אדנים לה. ראשית, הצגת שידורי הטלוויזיה או הרדיו באמצעות הפעלת המקלט במקום ציבורי מהווה הצגה המפירה את זכויות היוצר.

שנית, ההשמעה בחדרי בתי המלון הנה פומבית, משום שההשמעה נעשית לתועלת בעל המלון ומניבה לו רווחים; חדרי המלון פתוחים לקהל הרחב, כך שכל אדם יכול לשכור חדר תמורת תשלום, והמתארחים בבתי המלון אינם מהווים קהל "ביתי" או "מעין ביתי", אלא ככלל, זרים זה לזה ומתחלפים בתדירות גבוהה; המבקשת מביאה בסיכומיה אסמכתאות למכביר מהפסיקה בארה"ב, שם נפסק כי הצגת סרטים בתאי צפייה בחנויות ווידאו הנה בבחינת "ביצוע פומבי".

לטענת המבקשת, גם אם האורחים עצמם, לא המלון, הם שמפעילים את המקלטים שבחדריהם ובוחרים במה לצפות, על-ידי עצם הצבת המקלטים בחדרים, בתי המלון מרשים את ההצגה של היצירות המוגנות, מה שמטיל עליהם אחריות להפרה עקיפה של זכויות היוצרים.

טענות המתנגדת 2

128. באות כוחה של המתנגדת 2 טוענת מנגד, כי ביצוע פומבי של היצירות אינו מפר את זכויות היוצרים כלל ועיקר. חיזוק לטענה זו נמצא, לפי הטענה, בכך שבאנגליה, מכורתו של חוק זכות יוצרים, נדרש תיקון מיוחד לחוק כדי להכליל את הביצוע הפומבי של היצירות המוזיקליות בתחום המונופולין הנתון לבעל זכויות היוצרים. בישראל, לעומת זאת, סעיפי החוק הרלוונטיים לא תוקנו והם אינם מתייחסים, לפיכך, לזכות הביצוע הפומבי כלל ועיקר.

בנוסף, טוענת באות כוח המתנגדת 2, שהשהייה בחדרי בית המלון נושאת אופי משפחתי – ביתי, שהרי אנשים השוהים בחדר אחד בבית מלון אינם זרים זה לזה, והם שוהים בו בתנאי פרטיות. לכן אין להשוות

את חדרי המלון עם חנויות הווידאו הנגישות לציבור, שנדונו באסמכתאות האמריקניות. השאלה האם בית המלון מפיק תועלת מהשמעת השידורים הכוללים יצירות מוגנות, אינה רלוונטית, לדעת המתנגדת, משום שהשמעת מוזיקה בחדרי האורחים אינה מהווה הצגה בציבור של היצירה המוגנת. תימוכין לטענות אלה מוצאת המתנגדת בפסק הדין האמריקני בעניין **Professional Real Estate Inv.** ובהחלטה של בית המשפט המחוזי בנצרת בבש"א 1343/99 **קיבוץ סוללים נ' הפדרציה הישראלית לקלטות ותקליטים**, דינים-מחוזי, כרך לב(5), 730.

המתנגדת 2 טוענת, שאין לחייב בקבלת רישיון ובתשלום בתמלוגים במקום שהשימוש ביצירה מתבטא אך בהפעלת המקלט, כשלמשתמש אין שליטה כלשהי על תוכן השידורים.

אליבא דמתנגדת 2, בתי המלון אינם יכולים להיות אחראים גם להפרה עקיפה של זכויות היוצרים. שכן, משום שהפעלת המקלט על-ידי מי שמתארח במלון אינה מהווה הפרה ישירה, זאת, בין משום שאין מדובר בביצוע פומבי של יצירות מוגנות ובין משום שמי שעושה שימוש ביצירות המוגנות הם המשדרים - ערוצי הרדיו והטלוויזיה וחברות הכבלים – עליהם אין לבית המלון כל שליטה או פיקוח. בהעדר הפרה ישירה של זכות היוצרים, אין מתקיימת גם הפרה עקיפה.

מסגרת הדין

129. השאלה שבפנינו שאלה נכבדה היא, שניתנו לגביה תשובות שונות, הן בבתי משפט מחוזיים בישראל והן במשפט המשווה, ואין לגביה פסיקה של בית המשפט העליון. תחילה נדון בטענתה של המתנגדת, כי השמעה פומבית של יצירות מוזיקליות אינה מוגנת על-פי הדין. אחר כך נבחן את השאלה, האם הצבת מקלט טלוויזיה או רדיו במקום ציבורי מהווה, כשלעצמה, ביצוע פומבי המפר את זכויות היוצרים. בהמשך נדון בשאלה האם השמעת יצירות מוזיקליות בחדרי האורחים בבתי המלון מקיימת את יסוד הפומביות.

הגנה על זכויות היוצרים ביצירות מוזיקליות – זכות הביצוע בפומבי

130. אלה הוראות החוק הנוגעות לענייננו:

סעיף 1(2) לחוק זכויות יוצרים, 1911 קובע:

"לצורכי חוק זה, "זכות יוצרים" פירושו זכות יחיד להעלות על הבמה את היצירה או חלק ניכר הימנה בצורה של ממש או להעתיקה ואם היצירה היא הרצאה - לקרוא בצבור את היצירה או כל חלק ניכר הימנה; אם זו יצירה שלא נתפרסמה - לפרסם את היצירה או כל חלק ניכר הימנה; וכולל המונח את זכות היחיד -

...

(ג) אם היא רומן או יצירה אחרת שאינה דרמטית או אם זו מעשה ידי אמן, להפכה ליצירה דרמטית, אם בדרך הצגה בצבור או בדרך אחרת;

(ד) אם זו יצירה ספרותית, דרמטית או מוזיקלית, - לעשות כל תקליט, לוח מנוקב, סרט ראינועי, או כל מכשיר אחר שבאמצעותם אפשר להציג או למסור את היצירה בדרך מיכנית, ולהרשות את עשייתם של המעשים דלעיל".

וסעיף 12(1) ממשיך וקובע:

"רואין זכות יוצרים ביצירה כאילו הופרה על-ידי אדם אם שלא בהסכמת בעל זכות היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בחוק זה לבעל זכות היוצרים..."

סעיף 35 לחוק מגדיר את המונח "הצגה":

"הצגה" - פירושה כל הצגה של יצירה על דרך השמעה וכל הצגת מחזה דרמטי של יצירה על דרך ראייה, לרבות הצגה כזאת באמצעות מכשיר מכאני;".

ולהשלמת התמונה נביא את נוסחו של סעיף 19 לחוק הנוגע לתקליטים:

"זכות יוצרים בתקליטים, בלוחות מנוקבים ובשאר מכשירים שאפשר להעתיק בהם קולות באופן מיכני, תהא קיימת באותו אופן כאילו היו המכשירים האלה יצירות מוזיקליות, אלא שתקופת זכות היוצרים תמשך חמישים שנה מעת עשיית הקלישאה המקורית שממנה נתקבל המכשיר במישרין או בעקיפין, ומי שהיה בעליה של הקלישאה המקורית בעת היעשותה יהא דינו כמחבר היצירה, ומקום שבעל כזה הוא חברה יהא דינה של החברה, לצורכי חוק זה, כאילו מקום מושבה נמצא בגבולות מושבותיו של הוד מלכותו שחל עליהם חוק זה, אם החברה לעצמה מקום עסקים באותן המושבות".

לצורך הדיון שלהלן, לא נבחין בין זכויות בתקליט לבין זכויות ביצירה מוזיקלית, ונתייחס לזכות היוצרים בתקליט, כפי שהדין מורה, כאילו הייתה זו זכות יוצרים ביצירה המוזיקלית עצמה. עם זאת, יש לזכור, שבמשפט המשווה קיימת הבחנה בין שתי הזכויות.

131. חוק זכות היוצרים חוקק באנגליה ב-1911, הוחל בארץ ישראל המנדטורית בזמן המנדט הבריטי ותיקוניו בהמשך לא התייחסו לסעיפים הרלוונטיים לענייננו. בשנת 1911 לא הייתה טלוויזיה, גם הרדיו טרם הופעל באופן מסחרי וברור אפוא שהמחוקק האנגלי לא חזה את הסוגיות בהן עלינו להכריע כיום.

בדיני קניין רוחני, המשפט מפגר תמיד אחרי הקדמה הטכנולוגית, מה שמחייב לצקת תכנים חדשים למסגרות הדין הישנות, כדי להעניק הגנה ליוצרים לבל ייפגע ערך יצירתם ויישלל התמריץ ליצור.

132. המקור האנגלי של הפקודה מנה בין הזכויות הבלעדיות הנתונות ליוצר, בין היתר, את הזכות "to perform ... the work, or any substantial part thereof in public". (הדגשות לא במקור).

ביטוי זה, שבתרגום קלוקל משהו העניק זכות בלעדית "להעלות על הבמה" את היצירה, הנו רחב מספיק כדי לכלול בגדרו ביצועים פומביים של יצירות מוזיקליות. לראיה, בפסק הדין האנגלי **Performing Right Society v. Hammond's Bradford Brewery** [1934] Ch. 211 (להלן: פסק-דין **Hammond's**), נפסק כי הצבת מקלט רדיו במסעדה והשמעת מוזיקה מוגנת באמצעותו מהווה הפרת זכות יוצרים בניגוד לסעיף 1(2)(ד) לחוק. גישה זו אומצה בפסקי דין בעניין **מלון דבורה** (המ' (ת"א) 6751/71 **אקו"ם נ' מלון דבורה**, פ"מ ע"ח 263) ו**בלומרס** (ע"א (ת"א) 1000/80 **בלומרס נ' הסניף הישראלי של תעשיית תקליטים**, פס"מ תשמ"ב (2) 156). קביעה זו, כי ביצוע היצירה בפומבי מפר את זכויות היוצרים, מקובלת גם עלינו.

133. לעמדה זו יש טעם מהותי. דיני זכויות יוצרים נועדו להגן על זכותו הבלעדית של היוצר ביצירתו, כדי לאפשר לו להחזיר בערכים כלכליים את הזמן המאמץ והכישרון שהשקיע ביצירה. פגיעה בהגנה זו תפגע בתמריץ ליצור. פרשנות דיני זכויות היוצרים צריך שתעשה לאור תכלית זו שביסוד החקיקה, בדרך שתמנע, ככל האפשר, פגיעה בזכויותיו של היוצר.

134. פרשנות המונה את הביצוע הפומבי של היצירה בין הזכויות הבלעדיות של היוצר תואמת גם את התחייבויותיה של ישראל במישור הבינלאומי, כפי שבאו לידי ביטוי באמנת ברן (1886) נוסח שטוקהולם (1967). סעיף 11 לאמנה זו מורה מפורשות כי:

"(1) מחבריהם של יצירות דרמטיות, דרמטיות-מוזיקליות ומוזיקליות, תהיה להם זכות יחודית להרשות:

ביצוען של יצירותיהם בפומבי, לרבות ביצוע בפומבי כאמור בכל דרך או תהליך;

העברה לציבור של ביצוע יצירותיהם".

(אמנת ברן להגנה על יצירות ספרותיות ואמנותיות, **כתבי אמנה**, 21, 581).

אמנם, נראה שהסעיף הרלוונטי של האמנה לא נקלט בדין הפנימי בחוק (למעט צו שהוצא על-ידי שר המשפטים צו המורה להגן על יצירות שפורסמו במדינות האיגוד כאילו פורסמו בישראל), והאמנה עצמה אינה יכולה להיות מקור לפרשנות החוק (בג"ץ 1384/98 **אבני נ' ראש הממשלה**, פ"ד נב(5) 206). אולם גם כך, ראוי לשאוף לפרשנות דבר חקיקה העולה בקנה אחד עם התחייבויות ישראל על-פי האמנה. מכל מקום, הבאנו את אמנת ברן כתימוכין, בבחינת למעלה מן הדרוש, לפרשנות חוק זכות יוצרים 1911.

הצגה (ביצוע) על-ידי קליטת שידורים

135. האם קליטת שידורי רדיו וטלוויזיה באמצעות מקלטים המוצבים במקומות ציבוריים מהווה הפרה של זכויות יוצרים ביצירות המשודרות? שאלה זאת אינה פשוטה ושיטות משפט שונות נתנו לה תשובות שונות בתקופות שונות.

136. בפסק הדין בעניין **מלון דבורה ובלומרס** נקבע, חד משמעית, כי הצגה על-ידי הצבת מקלט במקום ציבורי מהווה ביצוע פומבי מפר של היצירות המשודרות.

פסק-דין בעניין **מלון דבורה** יצא מנקודת הנחה, מבלי לדון בדבר, כי קליטת שידורי טלוויזיה יכולה להקים ביצוע פומבי מפר. בית המשפט אף ציין, כי הוכח בפניו שרישיון השידור שנכרת בין אקו"ם לרשות השידור כלל תמלוגים על הצגה ביתית – פרטית של היצירות ולא על ביצוען הפומבי. אולם, פסק הדין לא פירש מדוע קליטת השידורים היא בבחינת ביצוע (performance) של היצירה, והוא דן רק בשאלת הפומביות של הביצוע.

בפסק-דין בעניין **בלומרס** הובאו שני נימוקים בתמיכה לדעה כי קליטת השידורים הנה בבחינת ביצוע נפרד. ראשית, קבע השופט בן-דרור בפסק דינו, "על מנת שהמערערים יהיו חייבים לקבל אשורם של המשיבים, אין זה תנאי בל יעבור שיבצעו 'ביצוע נפרד של היצירה'. הפצת היצירה, בדרך זו או אחרת, מחייבת את מפציח כאילו היו מבצעה ממש". שנית, בית המשפט קיבל את דעתו של המלומד ד"ר זליקסון, כי "אין ספק כי גם מקבל השידור, אשר משמיע את מכשירו בפני קהל ועדה מבצע יצירה בפומבי, ועליו לשלם תמלוגים ליוצר, בלית להתחשב בכך אם תחנת השידור מחויבת אף היא לשלם עבור אותו שידור". דעה זאת נסמכה על פסק הדין האנגלי בעניין **Hammond's** שקבע כי קליטת השידורים והעברתם לאורחי המלון מהווה ביצוע נפרד ועצמאי של היצירות המשודרות.

137. פסיקות אלה של בית המשפט המחוזי, שנשמכו על הדין האנגלי הן אומנם מנחות, אך בהיעדר הכרעה של בית המשפט העליון, אינן מחייבות.

הדין באנגליה

138. פסק הדין המנחה בעניין קליטת שידורי רדיו, הוא פסק-דין **Hammond's** הנזכר לעיל. בפסק דין זה נקבע, כי מלון שהציב מקלט רדיו ורמקול להנאת אורחיו מפר זכויות יוצרים. בית המשפט ביסס את קביעתו על מספר שיקולים:

ראשית, רישיון השידור שניתן על-ידי בעלי הזכויות ל-BBC כלל אך שידור למאזינים פרטיים המצויים במשק בית אחד ולא שידור למאזינים המרוכזים במקום ציבורי:

"They [the defendants] cannot, as I think, justify their act by saying that the BBC broadcasted the musical works. That, no doubt, entitled the defendants and their servants to listen to the works by the use of headphones, or by the use of loud speakers, and members of the household and people of that sort are also entitled to listen and to have the advantage of the broadcasting service... But the public, and according to the authorities that includes the ordinary visitors to an hotel, are in different position, and in my opinion the use of the receiving apparatus and the loud speakers for the purposes of reproducing the work for benefit of those guests is an act which was not justified or authorised by the licence given to the BBC..." (p. 214-215).

טעם זה דומה שמתייחס יותר לעניין הפומביות מאשר לעניין הביצוע. שכן העובדה שהרישיון שניתן ל – BBC נועד לשידור לקהל פרטי, יכול שיסביר את הצורך ברישיון נוסף בשל יסוד הפומביות של ההשמעה. אך בכך אין להשליך על שאלת הביצוע.

שנית, המלון הפיק תועלת מסחרית מהצבת המקלט שנעשתה על ידו ביודעין וכדי לאפשר מתן שירות למספר גדול יותר של אורחים.

שלישית, גם אם הגלים האלקטרומגנטיים מגיעים אל המלון, הפיכתם לגלי קול לא הייתה מתאפשרת אלמלא העמיד המלון לרשות אורחיו אמצעים נוספים (מקלט ומגבר), שבלעדיהם לא היה ניתן לשמוע את הביצוע. מכאן, שהתערבות המלון היא שאפשרה את שמיעת המוזיקה על-ידי אורחיו. מבחינה זו, סבר בית המשפט, הצבת מקלט רדיו דינה כדין הצבת פטיפון.

רביעית, כל הצגה אקוסטית מהווה ביצוע של עבודה. כלומר כל הגורם ליצירה מוזיקלית להישמע מבצע אותה. לפיכך, גם מי שמציב בציבור מקלט רדיו ממנו בוקעת היצירה מציג אותה לציבור ופעולותיו הנן בגדר ביצוע.

בשנת 1956 שונה החוק האנגלי על-ידי ה- **Copyright Act 1956**. סעיף 48 לחוק קבע, שככלל, הפעלת המקלט מהווה ביצוע, ככל שהדבר נעשה בפומבי :

החוק האנגלי החדש, Copyright, Designs and Patents Act 1988 הבהיר את עמדתו של המחוקק האנגלי בסוגיה זו בסעיף 19 לחוק :

"19. (1) The performance of the work in public is an act restricted by the copyright in a literary, dramatic and musical work.

In this Part "performance" in relation to a work –

(a)...

(b)in general, includes any mode of visual or acoustic presentation, including presentation by means of a sound recording, broadcast, or cable programme of the work..

(1) The playing of showing of the work in public is an act restricted by copyright in a sound recording, film, broadcast or cable programme.

(2) Where copyright in a work is infringed by its being performed, played or shown in public by means of apparatus for receiving visual images or sounds conveyed by electronic means, the person by whom the visual images or sounds are sent, and in the case of a performance the performers, shall not be regarded as responsible for the infringement".

נראה שהוראה כללית ורחבה זאת כוללת גם הצבת מקלט רדיו או טלוויזיה במקום ציבורי. סעיף קטן 2 מוציא את המשדר ואת המבצע מחוג האחראים להפרה ומותיר בתוכו אך את מפעיל המקלט ולעתים את בעל המקרקעין בהם מופעל המקלט.

נראה אפוא, שהדין האנגלי, לאורך כל הדרך, היה בדעה כי הצבת מקלט במקום ציבורי מהווה ביצוע פומבי חדש ונפרד מן השידור עצמו, ובהעדר הרשאה יש בו משום הפרת זכות היוצרים ביצירה המשודרת. הגם שבחוק החרוט קיבלה גישה זו ביטוי רק החל משנת 1956.

הדין בארה"ב

139. התפתחות הדין בסוגיה שלפנינו בארה"ב הייתה שונה. בפסק הדין בעניין **Twentieth Century Music corp v. Aiken**, 422 U.S. 151 (1975) נקבע כי השמעת שידורי המקלט אינה מפירה את זכויות היוצרים בחומר המשודר, אלא אם השידור עצמו אינו מורשה. גלי האתר נמצאים הרי בכל מקום וכל דכפין, כל מי שיש לו מקלט, יכול לקלטם. כלשונו של השופט העליון Stewart בעמ' 159-160:

"If, by analogy to a live performance in a concert hall or cabaret, a radio station 'performs' a musical composition when it broadcasts it, the same analogy would seem to require the conclusion that those who listen to the broadcast through the use of radio receivers do not perform the composition. And that is exactly what the early federal cases held. 'Certainly those who listen do not perform, and therefore do not infringe....' 'One who manually or by human agency merely actuates electrical instrumentalities, whereby inaudible elements that are omnipresent in the air are made audible to persons who are within hearing, does not 'perform' within the meaning of the Copyright Law". (Citations omitted).

בשנת 1976 חוקק פרק 17 ל- United States Code שטיפל באופן מקיף בסוגיה של ביצוע פומבי ובכלל זה ביצוע על-ידי השמעת שידורים נקלטים. סעיף 106(4) לפרק 17 קבע, כעקרון כללי, את זכותו הבלעדית של בעל זכות יוצרים להרשות ביצוע פומבי של היצירה. אולם זכות זאת כפופה לחריגים וביניהם החריג שנקבע בסעיף 110 לאמור:

"Notwithstanding the provisions of section 106, the following are not infringements of copyright:

...

(5)(A) except as provided in subparagraph (B), communication of a transmission embodying a performance or display of a work by the public reception of the transmission on a single receiving apparatus of a kind commonly used in private homes, unless -

(i) a direct charge is made to see or hear the transmission; or

(ii) the transmission thus received is further transmitted to the public;".

בהמשך, בסעיף קטן (B), נמנים תנאים בהם הצגת שידור רדיו או טלוויזיה במקום בילוי ציבורי לא יהווה הפרת זכויות יוצרים. בין התנאים האלה נמנים אופי המקום, גודל המקום, כמות המיקרופונים וגודל המסכים, איסור שידור משני והדרישה כי השידור עצמו יהיה מורשה. הדין האמריקני התפתח אפו א מן ההיתר הכללי שבפסק-דין Aiken אל ההיתר המבוקר שבסעיף 110 לפרק 17 ל-USC.

טעמי הדין

140. בשאלה האם הצבת מקלט טלוויזיה או רדיו יוצרת ביצוע במקום הצבתו יש לדון על-פי אמות מידה מהותיות, כאשר מטרת הדין, הגנה על ערכה של היצירה ועל ערכו של המונופולין (כמשמעותו בדיני הקניין הרוחני) הניתן ליוצר, היא נר לרגליו. השאלה היא אפוא האם הצגת השידור פוגעת בערך של המונופולין, באופן אשר יפחית משמעותית מערכה של זכות היוצרים. שיקול זה נדון בפסיקה בעיקר בהקשר לשאלת פומביות הביצוע, אך נראה שהוא יפה גם לעניין ה"ביצוע". בשיקול זה נדון בהמשך, במסגרת הדין בשאלת פומביות הביצוע.

141. בהקשר הנוכחי, שעניינו ב"ביצוע" אנו סבורים שהשיקול המרכזי עיינו בתרומתו של מציב המקלט לביצוע, העברתו והגברתו. אף שגלי האתר מצויים בכל מקום, נדרשת התערבות אנושית כדי להפכם לגלי קול, או לתמונה. מידת ההתערבות הזאת תסייע לנו להבחין בין מציב מקלט הקרוב יותר למבצע ולבין מציב מקלט שקרוב יותר למאזין סתם. השאלה תהיה מה מידת התרומה של מציב המקלט לכך שהביצוע יישמע. בפסק הדין Hammond's (בעמ' 217) נקבע שדי בהתערבות כלשהי, בכלל זה בעצם הצבת המקלט כדי שתחשב לביצוע:

"It is not, so to speak, that they [the guests] merely looked in at the window at a peepshow which was for all and sundry to look at, but it was by the authority and at the instance of the proprietor of the hotel that further steps were taken to enlarge the audience which was to be reached, ... by the singer with the strong voice or by the singer who had had mechanical energy added to his voice".

142. לעומת זאת בפסק דין אמריקני בעניין **Fortnightly corp v. United Artist Television, Inc.** 392 U.S. 390 (1968), שם דובר בהתערבות עמוקה יותר בתהליך הקליטה, נקבע שבפעילות זו אינה עולה כדי ביצוע. באותו מקרה דובר בממסר של שידורים בו הועברו שידורי טלוויזיה מתחנת הקליטה אל מינויים שלא יכלו לקולטם באמצעות אנטנות ביתיות שלהם. בבוחנו את מידת התרומה של הממסר, בקליטת השידורים והעברתם לבתי המינויים קבע בית המשפט העליון של ארה"ב מפי השופט Stewart (בעמ' 398-400):

"The television broadcaster in one sense does less than the exhibitor of a motion picture or stage play; he supplies his audience not with visible images but only with electronic signals. The viewer conversely does more than a member of a theater audience; he provides the equipment to convert electronic signals into audible sound and visible images. Despite these deviations from the conventional situation contemplated by the framers of the Copyright Act, broadcasters have been judicially treated as exhibitors, and viewers as members of a theater audience. Broadcasters perform. Viewers do not perform. Thus, while both broadcaster and viewer play crucial roles in the total television process, a line is drawn between them. One is treated as active performer; the other, as passive beneficiary.

When CATV is considered in this framework, we conclude that it falls on the viewer's side of the line. Essentially, a CATV system no more than enhances the viewer's capacity to receive the broadcaster's signals; it provides a well-located antenna with an efficient connection to the viewer's television set. It is true that a CATV system plays an "active" role in making reception possible in a given area, but so do ordinary television sets and antennas. CATV equipment is powerful and sophisticated, but the basic function the equipment serves is little different from that served by the equipment generally furnished by a television viewer. If an individual erected an antenna on a hill, strung a cable to his house, and installed the necessary amplifying equipment, he would not be "performing" the programs he received on his television set. The result would be no different if several people combined to erect a cooperative antenna for the same purpose. The only difference in the case of CATV is that the antenna system is erected and owned not by its users but by an entrepreneur".

143. בימינו, כאשר מכשירי טלוויזיה ורדיו הם מכשירים פשוטים ונפוצים שניתן להשיגם ולקלוט באמצעותם שידורים בקלות, נראה שתורמתו של מציב מקלט פשוט לביצוע היצירה היא מינורית, וההתערבות של מציב המקלט בהעברת השידור אינה מספיקה כדי להפכו למבצע. לעומת זאת, ככל שהצבת המקלט הנה פעולה מתוחכמת יותר, כגון חיבור אמצעי הגברה מיוחדים (כגון חיבור לרמקול חזק או לכמה רמקולים) או הפעלת מערכת ממסר שעל תכניה יש לבית המלון שליטה, כן תגבר הנטייה לראות בהתערבותו של מציב המקלט התערבות ממשית, המעבירה אותו מן הצד הפסיבי, של מאזין שאינו מפר זכויות יוצרים, לצד האקטיבי של משתתף בביצוע, הפולש אל תחום המונופולין של בעל זכות היוצרים.

144. לסיכום נושא זה, הגם שהדברים אינם נקיים מספק, אנו סבורים, שהצבת מקלט רדיו או טלוויזיה פשוטים, גם אם יש בה כדי להצמיח תועלת כלכלית לבעל המלון, אינה בגדר ביצוע היצירות המשודרות. דומה שפעולה זו קרובה במהותה יותר להשכרה של המקלט או העמדתו עבור תמורה לרשות האורח, מאשר לביצוע של היצירה על-ידי בית המלון. כך, אנו סבורים שגם משכיר רכב שמותקן בו רדיו, לא ייחשב כמבצע היצירות.

145. ליוצר יש זכות בלעדית לביצוע היצירה בפומבי, או כלשון החוק (סעיף 12) לחוק בנוסחו המקורי): "to perform ... the work, or any substantial part of it in public". ביסוד הביצוע דנו לעיל. נותרה השאלה מה הוא ביצוע "in public" והאם קליטת שידורי הרדיו או הטלוויזיה על-ידי אורחי מלון בחדריהם ההיא בגדר ביצוע (בהנחה שאכן מדובר בביצוע) פומבי. לשאלה זו ניתנות בשיטות משפט שונות תשובות שונות.

הדין בישראל

146. שאלה שלפנינו לא נדונה בבית המשפט העליון וקיימת לגביה מחלוקת בפסיקת בתי המשפט המחוזיים. בהערת אגב בפסק הדין בעניין **מלון דבורה** העיר השופט כב' לובנברג כי "אילו השידורים מושמעים וניתנים רק לאורחי המלון, בחדר פרטי המיועד להם ולהם בלבד, הרי ההצגה שם היא "מעין ביתית" (quasi domestic), ממש כאילו האורח מביט בטלוויזיה בהיותו בחדרו הפרטי בתוך המלון. כי שם בחדרו, הראייה בתכנית הטלוויזיה היא "ביתית" ממש, כאילו האורח נמצא בביתו". אולם, דברים אלה נאמרו אגב אורחא.

בפסק הדין בעניין **בלומרס** קבע בית המשפט כי שידור רדיו המועבר לאורחי המלון לחדריהם הנו ביצוע פומבי של היצירות המשודרות. באותו מקרה שידורי הרדיו נקלטו במלון והועברו על-ידו לחדרי האורחים. קביעה זו של בית המשפט נשענה על ההנחה כי ביצוע באמצעות מקלט רדיו מתערבת במונופולין של היוצר על-פי החוק והיא נומקה במספר נימוקים. ראשית, בעקבות פסק-דין אנגלי בעניין **Messenger v. BBC** [1928] 1 K.B. 660, סבר בית המשפט כי לעניין הפומביות אין נפקא מינה מה אופי המקום בו שוהים המאזינים, אם זה מקום ציבורי או בית פרטי, כי אם אופי הקהל הוא הקובע. שנית, בעל מלון מפיק תועלת מהעברת שידורי הרדיו לאורחי המלון ואין זה צודק שהוא יפיק רווח כלכלי מפרי רוחם של היוצרים בלי שישלם. שלישית, אורחי המלון אינם מהווים קהל ביתי או מעין ביתי, אין הם שייכים לאותו חוג חברתי, הם זרים זה לזה ביושבם בלובי, הם גם זרים זה לזה ביושבם איש בחדרו. על כן, אין נפקא מינה אם משמיעים את השידור בלובי או מעבירים את השידור לחדרים, אופי הקהל אינו משתנה. כלשון פסק הדין (בעמ' 161):

"במקרה של שידורים בבית מלון, היסוד של פומביות מתחזק ומכריע את הכף מפני שהוא נעשה למספר אנשים זרים ושונים המתחלפים חדשות לבקרים, ואי אפשר להדביק על קבוצה כזאת תווית של התכנסות ביתית. לכן, בין אם יאזינו למנגינות האמורות בחדר הקבלה של בית המלון כולם יחד, ובין אם יפנו איש איש לחדרו, ויאזינו כל אחד בנפרד למנגינות אלה – התוצאה אינה יכולה להשתנות. והטעם לכך הוא, שבכל המקרים האמורים אין הם אלא ציבור וממילא השמעת מנגינות לציבור דינה כדין ביצוע בפומבי".

147. ספק אם פסק הדין יכול לסייע לנו בפתרון הבעיה, כי עיקר ההנמקה – אופיו של הקהל במלון כולו – תופסת למצב בו אורחי המלון מאזינים ליצירה אחת שהמלון מעביר להם לחדריהם, כגון קליטה במקום מרכזי והעברה (ברשת פנימית) לרמקולים שבחדרי האורחים. כאשר מדובר בשידור אחד שמועבר על-ידי שידור משנה פנימי לחדרי האורחים, אזי באמת אין נפקא מינה היכן האורח מאזין לשידור. בין שהוא מאזין לשידור בלובי ובין בחדרו, מדובר באותו שידור שהמלון שולט עליו. לעומת זאת, ספק אם הנמקה זו יכולה להתאים למצב שבו בכל חדר מוצב מקלט שאינו מחובר לרשת מרכזית ואשר עומד לרשות האורח, שהוא מחליט אם להפעילו ולאזין תחנה לכוונו. במקרה מאזין כל אורח ליצירה בה הוא בוחר ואין מדובר

בהאזנה משותפת לכלל האורחים. על כן נראה שיש טעם לאבחן את פסק-דין בעניין **בלומרס** מהשאלה שבפנינו ולייחד את הנמקתו לנסיבותיו.

148. לאחרונה ניתנה החלטה בסוגיה זו בבש"א (נצרת) 1343/99 **קיבוץ הסוללים נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות**, תק-מח 3297 (3)99. באותו מקרה הקיבוץ נתבע על-ידי הפדרציה לתקליטים בגין הפרת זכויות יוצרים ביצירות הנקלטות בטלוויזיות המוצבות בבתי הארחה ("צימרים") של הקיבוץ. הפדרציה קיבלה צו מניעה זמני במעמד צד אחד, אך הצו בוטל לבקשת הקיבוץ. אף שמדובר בביטול צו זמני ולא בהכרעה סופית, אין להתעלם מהחלטתו המנומקת של כב' השופט חטיב האשם, אשר קבע שכאשר המקלטים מוצבים בחדרים ומופעלים על-ידי האורחים לא מתקיים ביצוע פומבי מפר של היצירות המשודרות. בית המשפט הציע מספר אמות מידה לבחינת פומביות הביצוע (**שם**, בעמ' 3301):

"בבוא בית המשפט לבחון את המקרה שבפניו, קיימים מספר פקטורים, שיכולים להיות לעזר לבית המשפט בהחלטתו בשאלה זו.

הפקטור הראשון, האופי של הקהל בפניו מבוצעת היצירה, והאם זה קהל שהתאסף באקראי, או שהוא ציבור מוגדר של חוג קרובי משפחה, או חברים שזומנו בהזמנות אישיות לחזות בביצוע. יש גם לתת משקל כל שהוא למקום בו נעשה הביצוע, ואפשרות הקהל הרחב לבוא בשעריו וללא הבחנה. יש גם לתת משקל למעשיו של מי שטוענים נגדו את ההפרה, ואם הוא עשה מעשה אקטיבי כלשהו ע"מ לאפשר לאחרים לשמוע את ביצוע היצירה או שמעשיו הצטמצמו לאספקת מכשיר לקליטת שידורים הנעשים ע"פ דין. יש מקום גם לייחס משקל כלשהו, לשאלת התועלת הכלכלית הצומחת לנתבע מאותו ביצוע".

בית המשפט הבחין בין עובדות המקרה שנדון בעניין **בלומרס**, שם המוזיקה הושמעה בחדרים ע"י שידור שנעשה ע"י בית המלון לכלל החדרים, לבין המקרה שנדון לפניו, שבו כל שנעשה על-ידי הקיבוץ היה לצייד את החדרים במקלטי טלוויזיה. בנסיבות אלה נקבע:

"[כאשר] כל אשר עשה הקיבוץ הוא צייד חדרי הארחה במקלטי טלוויזיה, מבלי שיוזם פעולה של שידור כלשהו, אלא סיפק מכשירי טלוויזיה לחדרי האורחים שבאמצעותם ניתן לקלוט שידורי שני ערוצי הטלוויזיה. השידורים עצמם מבוצעים ע"י ערוצי הטלוויזיה כדין, הקיבוץ שילם אגרה עבור כל אחד מאותם מכשירי טלוויזיה, על כן לא נראה לי כי בהעדר הוראה חוקית מפורשת ניתן להטיל על הקיבוץ חובה לתשלום תמלוגים רק משום שהוא צייד חדרי הארחה במקלטי טלוויזיה".

149. לענייננו לא נראה שיש לאבחן בין חדרי הארחה בקיבוץ סוללים לבין חדרי הארחה בכל בית מלון. על כן, אם החלטתו של השופט חטיב האשם יכולה לעמוד, אין מדובר בביצוע פומבי. (הפדרציה לתקליטים ביקשה רשות ערעור על ההחלטה (רע"א 7145/99 **הפדרציה הישראלית נ' קיבוץ הסוללים**, תק-על 3)99 (645) אולם בקשת רשות ערעור סורבה, מן הטעם ששאלה זאת ראוי לה שתתברר בדיון בתיק העיקרי). בפסיקה הישראלית אין אפוא תשובה חד-משמעית וממצה לשאלה שלפנינו.

150. בספרות המקצועית בישראל מצאנו דיון בנושא זה בספרה של ד"ר פרזנטי, **דיני זכויות יוצרים**. במהדורה השנייה של הספר (משנת 2000) מביעה המחברת המלומדת את הדעה, כי השמעת מוזיקה בחדרי האורחים בבית מלון, גם כאשר האורחים עצמם הם שמפעילים את מכשיר ההקלטה (רדיו או טלוויזיה) היא בגדר ביצוע פומבי (כרך ב', עמ' 781). במהדורה הקודמת של הספר, לעומת זאת, החזיקה ד"ר פרזנטי

בדעה אחרת. לאחר שציינה שההשמעה בטרקלין המלון או בכל מקום ציבורי אחר היא השמעה פומבית, קבעה המחברת המלומדת, בהתייחסה להשמעה בחדרי האורחים שבבית המלון כי :

"המחלוקת' כביכול, היא לגבי ההשמעה או הצפייה בחדרים הפרטיים. אחת העובדות שעליהם הסתמך בית המשפט קמא היא עדותו של מנהל מלון דיפלומט שאמר, שבחדרי המלון אין רדיו אלא מדובר ברמקול שמחובר למקלטים ומוקד השידור הוא אחד. נשאלת השאלה, אם היה מנהל המלון מצייד את חדרי המלון במכשירי רדיו וטלוויזיה, והאורח אשר שכר את החדר לתקופת הזמן הנתונה היה מחליט להפעיל את המכשירים ולהאזין לשידורים המשודרים על-ידי רשות השידור, האם היה נחשב כמי שמבצע השמעה בפומבי ליושבי החדר, שמטבע הדברים, הם מקורבים בדרך זו או אחרת איש לרעהו? – לדעתי התשובה במקרה זה היא שלילית. הכנסת מכשור של רדיו וטלוויזיה לחדרי המלון, ללא הפעלה מרכזית אינה בבחינת השמעה פומבית, אלא העמדת מכשור לרשות האורחים כמוה כהעמדת מקרר וכל מכשור אחר. גם היבואן או היצרן מספקים מכשור אלקטרוני לקליטה או להקלטה, בדרך כלל למטרת מכירה אולם לפעמים גם למטרת השכרה, האם ייחשבו כמי שמבצע בפומבי, רק בשל העמדת המכשור לרשות הציבור?

לדעתי, כל עוד אין המחוקק משנה את החוק, כפי שכבר קיים במספר מדינות, וקובע מיסוי או תמלוגים כפויים על רשומות קול או קלטות ווידאו ריקות וכן על מכשור הקלטה או שידור, אין לחייב את בתי המלון במס כפוי על העמדת המכשור לרשות אחרי המלון בחדריהם הפרטיים" (עמ' 121).

הדין באנגליה

151. בפסיקה האנגלית פותחו מספר מבחנים באשר לשאלת פומביות הביצוע.

בפסק הדין *Jennings v. Stephens* [1936] 1 All E.L.R. 409, הוחלט כי ביצוע הצגה בפני מועדון נשים הנו פומבי, משום שכל אישה באותה עיירה יכולה הייתה להיות חברה מועדון ולצפות בביצוע. כלומר, המבחן הוא האם הביצוע פתוח לקהל רחב ובלתי מסוים.

בפסק דין בעניין *Turner v. Performing Right Society* [1943] Ch.167, הוחלט כי השמעת יצירות לעובדי המפעל תוך כדי עבודתם הנו ביצוע פומבי, משום שהעובדים נהנו ממוזיקה שברגיל הם היו נהנים ממנה בשעות הפנאי. יתר-על-כן, המעביד השמיע מוזיקה כדי להפיק תועלת כלכלית מן ההשמעה. הקהל במפעל לא היה קהל ביתי והוא נאסף ממשקי בית שונים. אולם נראה שהנימוק העיקרי עליו הושתת פסק הדין התייחס להשפעת ההשמעה על ערך המונופולין של היוצר. השמעת יצירות על-ידי המעביד לעובדיו ללא תשלום והנאת חינם מפרי רוחו של היוצר, שאלמלא הביצוע המפר הייתה נעשית עבור תמורה, פוגעת בערך המונופולין ביצירה :

"... it is ... important to consider whether the particular performance, the character of which is in question, is of a kind calculated to whittle down that

monopoly to any substantial extent. ... The monopoly is, of course, confined to performances in public, but in considering whether a performance is in public its effect upon the value to the owner of the copyright of his statutory monopoly is, I venture to think, a consideration to which any at rate great importance should be given".

מבחן נוסף שהופעל בפסיקה האנגלית היה האם המאזינים שמעו את היצירה בכושרם הפרטי, כבני משפחה או ידידים של המבצע, או בכושרם הציבורי, כחלק קהל מזדמן ובמסגרת פעילותם החוץ-ביתית.

עם זאת, השאלה אם השמעה בחדרי אורחים בבתי מלון הנה בגדר ביצוע פומבי נותרה בדין האנגלי עד היום ללא הכרעה. כך סוכמה הסוגיה בספרו של Copinger, 14th (Copinger & S. James on Copyright, ed.(London 1999) p. 462) (להלן : Copinger):

"An unresolved question is whether, for example, where music of television programme is relayed to hotel bedrooms, in which the music or programme is then listened to or watched by the occupants, this amounts to a public performance. It has been decided in the Exchequer Court of Canada that the performance of material by way of television in private homes, the material having been received by subscribers to a cable service, did not amount to public performance on the grounds that the character of the audience was purely domestic and even a large number of "private" performances could not be in public. It might therefore be argued that the character of the audience in separate hotel bedrooms is similar, each hotel bedroom being the occupant's "home" for the night and each performance being "private".

הדין בארה"ב

152. הדין בארה"ב מגדיר ביצוע פומבי (17 U.S.C. Sec.101) כדלקמן:

"To perform or display a work "publicly" means -

(1) to perform or display it at a place open to the public or at any place where a substantial number of persons outside of a normal circle of a family and its social acquaintances is gathered; or

(2) to transmit or otherwise communicate a performance or display of the work to a place specified by clause (1) or to the public, by means of any device or process, whether the members of the public capable of receiving the performance or display receive it in the same place or in separate places and at the same time or at different times".

נראה שהביצוע יכול להיעשות בשתי דרכים: ביצוע היצירה במקום אליו לציבור יש נגישות או שידור של ביצוע היצירה אל מקום כזה או "לציבור". סעיף זה זכה לפרשנות בכמה בפסקי דין.

בפסק-דין בעניין **Columbia Pictures v. Redd Horne**, 749 F. 2d 154 (3rd Cir.1984) נדונה השאלה, האם הקרנת סרטים בתאי צפייה בחנות וידאו מהווה ביצוע פומבי כהגדרתו בסעיף 101 לפרק 17 של ה-U.S.C. ההקרנה בוצעה באמצעות מכשיר ווידאו שהיה מוצב מחוץ לתא והופעל על-ידי עובדי החנות. הכניסה לתא הותרה רק למי ששכר אותו ונאסרה על זרים. כלומר, יש להניח, כי שוכרי התא לא היו זרים זה לזה.

בית המשפט הפדרלי לערעורים קבע, כי פעילות של החנות מהווה ביצוע פומבי משום שהתאים ניתנים להשכרה לשם צפייה לכל דכפין. הבחינה הרלוונטית, נקבע, אינה מתייחסת לתא הבודד, אלא למכלול כולו. הואיל והחנות הייתה פתוחה לציבור התאים היו נגישים לציבור, נקבע שפעילות החנות אינה שונה מפעילות בית הקולנוע. העובדה כי הצפייה נעשתה בפרטיות לא שללה את אופיו הציבורי של המקום, בשל אפשרות הגישה של הציבור הרחב. כדי שהשידור ייחשב כמתבצע "to the public", קבע בית המשפט, לא נדרש שהקהל יימצא במקום פומבי, והוא יכול הוא להיות מפוזר במקומות פרטיים, כלשון בית המשפט, "כגון חדרי מלון".

"Thus, the transmission of a performance to members of the public, even in private settings such as hotel rooms or Maxwell's viewing rooms, constitutes a public performance. As the statutory language and legislative history clearly indicate, the fact that members of the public view the performance at different times does not alter this legal consequence".

ראוי לציין שבפרשה זו (Redd Horne) לא דובר בשידורי טלוויזיה אלא בהשכרת קלטות וידאו. לעניין זה נקבע, כי הקרנה של אותה קלטת מספר רב של פעמים לצופים שונים ומתחלפים בזמנים שונים מהווה ביצוע פומבי (בעמ' 159):

"Although Maxwell's has only one copy of each film, it shows each copy repeatedly to different members of the public. This constitutes a public performance" (p. 159).

בדין הישראלי (סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים) פעילות זו מהווה נישא נפרדת של המונופולין הניתן ליוצר.

בפסק-דין בעניין **Columbia Pictures v. Aveco** 612 F. Supp. 315 (D.S. Pa. 1985) שנדון גם בבית המשפט הפדרלי לערעורים **Columbia Pictures Industries v. Aveco** 800 F. 2d 59 (3rd Cir. 1986) העובדות היו דומות לעובדות פסק הדין בעניין **Redd Horne**, למעט שלושה עניינים: בעסק של Aveco

מכשירי הוידאו הותקנו בתאי הצפייה והופעלו על-ידי הצופים עצמם, הקלטות נמסרו לשוכר ולא נשארו בשליטת עובדי החנות, והצופים יכלו להביא גם קלטות פרטיות שלהם ולצפות בהם בתאי הצפייה.

בית המשפט הפדרלי קבע, שגם כך עדיין מדובר בביצוע פומבי, משום שהמקום (תאי הצפייה) פתוח לקהל, כאשר שוכרי התאים מתחלפים בתדירות. בין המשפט לערעורים אישר את פסק הדין, וקבע כי מקום פומבי אין פירושו מקום אליו הקהל מורשה להיכנס כל הזמן. תאי טלפון ושירותים ציבוריים אף הם מקומות פומביים, אף שהם תפוסים חלק מן הזמן:

"The copyright act speaks of performances at a place opened to the public. It does not require that the public place be actually crowded with people. A telephone booth, a taxi cab, and even a pay toilet are commonly regarded as "opened to the public," even though they are usually occupied only by one party at a time" (p. 63).

בהתייחס לבתי מלון ובניגוד לפסיקה דלעיל שהתייחסה למעשה, להקרנת סרטי וידאו בחנויות צפייה, קבע בית המשפט הפדרלי לערעורים של המחוז השביעי בפסק הדין בעניין **Columbia Pictures v. Professional Real Estate Inv.** 866 F. 2d. 278, כי הקרנת סרטי וידאו בחדרי בתי המלון אינה בגדר ביצוע פומבי של היצירות המוגנות.

באותה פרשה בית מלון השכיר קלטות וידאו לאורחיו שצפו בהן בחדריהם באמצעות ציוד וידאו שסופק על-ידי המלון. בעלי זכויות היוצרים טענו, כי לצורך ההגנה על זכויות היוצרים, החדרים הם בגדר מקום ציבורי, משום שהם פתוחים לקהל מושכרים לכל המעוניין. טענה זאת נדחתה. בית המשפט הבחין בין חנויות וידאו לחדרי המלון, משום שטיב השירותים שנותן המלון שונה מטיב השירותים הניתנים בחנות וידאו, שכן השירותים העיקריים שנותן המלון הם מגורים ושירותי מלון כלליים, בעוד ששירותי וידאו נמצאים בשולי עיסוקו של המלון, בעוד שבחנות וידאו זהו העיסוק המרכזי בחנות. בית המשפט ציין (בעמ' 281):

"La Mancha's operation differs from those in Aveco and Redd Horne because its "nature" is the providing of living accommodations and general hotel services, which may incidentally include the rental of videodiscs to interested guests for viewing in guest rooms.

While the hotel may indeed be "open to the public," a guest's hotel room, once rented, is not. ... This conclusion is further supported by common experience. La Mancha guests do not view the videodiscs in hotel meeting rooms used for large gatherings. The movies are viewed exclusively in guest rooms, places where individuals enjoy a substantial degree of privacy, not unlike their own homes".

בפרשה אחרת **On Command v. Columbia Pictures** 777 F. Supp. 781 (1991) פסק בית המשפט הפדרלי המחוזי (ערכאה ראשונה) של מחוז צפון קליפורניה, בעקבות פסק-דין בעניין **Professional Real Estate Inv**, כי חדרי המלונות הם מקום פרטי לצורך הגנה על זכויות יוצרים. באותה פרשה המלון השתמש במערכת ממוחשבת להקרנת סרטים אשר פעלה באופן הבא: המלון הקים מאגר קלטות, אשר נמצא במקום מרכזי אחד. האורחים באמצעות שלטים וצגי וידאו שבחדריהם בחרו סרטים מתוך המאגר. מכשיר הווידאו אף הוא נמצא במקום מרכזי ממנו נותבה התמונה למסכים שנמצאו בחדרי האורחים, כאשר ניתן היה להקרין, בו זמנית, סרט בחדר אחד בלבד. בית המשפט קבע כי, לצורך ההגנה על זכויות היוצרים, חדרי מלון אינם מקומות ציבוריים, אך הואיל והסרטים משודרים (מנותבים) ממכשיר הווידאו שבמקום מרכזי אל המסכים שבחדרים) מדובר בביצוע פומבי על-ידי שידור. זאת משום שלצורך החלופה של שידור בסעיף 101 לפרק 17 ל-U.S.C., היחסים המסחריים הקיימים בין אורחי המלון לבעלי הופכים את האורחים ל-"ציבור":

"Since hotel guest rooms are indisputably not public places for copyright purposes, On Command's system results in no public performances under public place clause.

...

On Command's video transmission are also "to the public" for the purposes of the transmit clause. Hotel guests watching a video movie in their room through On Command's system are not watching it in a "public place" but nonetheless they are members of "the public".

נראה כי אלמלא השידור (ניתוב ממקום מרכזי לחדרים), בית המשפט לא היה מגיע לתוצאה אליה הגיע.

הדין במדינות אחרות

153. באוסטרליה חוק זכויות היוצרים (Copyright Act 1968) קובע במפורש כי ביצוע יצירות מוגנות במקום בו אדם מתגורר או ישן אינו בבחינת ביצוע פומבי. סעיף 46 לחוק זכויות יוצרים האוסטרלי קובע:

"Where a literary, dramatic or musical work, or an adaptation of such a work, is performed in public, by the operation of reception equipment or by the use of a record, at premises where persons reside or sleep, as part of the amenities provided exclusively for residents or inmates of the premises or for those residents or inmates and their guests, the performance does not constitute an infringement of the copyright in the work".

וסעיף 106 מוסיף:

"(1) Where a sound recording is caused to be heard in public:

(a) at premises where persons reside or sleep, as part of the amenities provided exclusively for residents or inmates of the premises or for those residents or inmates and their guests; or

(b) as part of the activities of, or for the benefit of, a club, society or other organization that is not established or conducted for profit and the principal objects of which are charitable or are otherwise concerned with the advancement of religion, education or social welfare; the act of causing the recording to be so heard does not constitute an infringement of the copyright in the recording".

נראה אפוא כי ביצוע יצירות מוגנות בחדרי בתי המלון, בהם האורחים דרים וישנים, וכאשר הביצוע מוגבל לאותם אורחים בלבד, אינו מהווה, על-פי הדין האוסטרלי, ביצוע פומבי. Copinger (בעמ' 462 (למהדורה 14) מזכיר פסק דין מוולס הדרומית החדשה, לפיו ביצוע סרטי וידאו בפני אורחי מלון בחדריהם הוכר כביצוע פומבי. על-פי Copinger, בית המשפט שם הגיע למסקנה שהגיע על יסוד הטענה כי אורחי המלון לא צפו בסרטים בכושר הפרטי, אלא בכושר כאורחי מלון במסגרת יחסים מסחריים עם המלון. נראה שאילו היה מדובר ביצירות מוזיקליות, הזכות לפטור על-פי סעיף 46 לחוק האוסטרלי, התוצאה הייתה שונה.

154. ד"ר פרזנטי מביאה בספרה (מהדורה שנייה, עמ' 782-783) דוגמאות שונות ממדינות אירופיות בהן ערכאות שונות התייחסו בצורה שונה לביצוע יצירות מוגנות באמצעות שידורי טלוויזיה ורדיו בבתי המלון. יקשה עלינו להתייחס לדוגמאות האלה, משום שראינו אזכוריהם בלא נימוקים ולא יכולנו להתחקות אחר טעמי הדין. מצאנו גם אזכור של פסק דין של בית המשפט העליון האוסטרלי, אשר קבע כי קליטת שידורי לוויין בחדרי האורחים של בתי המלון אינו בבחינת ביצוע פומבי של החומר המשודר (פסק הדין של בית המשפט העליון האוסטרלי מיום 16 ביוני 1998, 14 Ob 14698v). גם את ההחלטה הזאת לא הצלחנו להשיג במקורה, לכן נזכירה, אך אלא כראיה לכך שבשאלה זו, האם קליטת השידורים בחדרי בתי המלון הנה בבחינת ביצוע פומבי, אין דעה אחידה.

טעמי הדין

155. כפי שצינו לעיל, ההכרעה בשאלת פומביות הביצוע (כמו גם בשאלת ה"ביצוע" לבדה), צריך שתעשה לאור תכלית החקיקה שנועדה להגן על ערכה של היצירה ועל פרי עמלו של היוצר.

156. הפתרון הרצוי צריך אפוא להביא בחשבון מגוון של שיקולים, ובהם: מידת הפגיעה בערכה של זכות המונופולין הניתנת ליוצר (או לבעל זכות היוצרים); הרווח הצומח לבעל המקלט (או בעל המקום בו הוא מוצג) מהשמעת השידור; והאינטרס הציבורי ליהנות מן היצירה ולהפכה לנגישה לציבור. במסענו במבין השיקולים הללו מדריכנו הנו חוק ארכאי, שהורתו ולידתו באנגליה של ראשית המאה הקודמת. עלינו לפרש את המונח "to perform ... in public" המופיע בחוק באופן שאינו טכני, אלא מתוך התחשבות במטרות הדין.

157. השאלה המרכזית בהקשר זה היא אפוא האם קליטת שידורי הטלוויזיה והרדיו בחדרי המלון על-ידי אורחי המלון פוגע בערך המונופולין שהדין מעניק ליוצר על היצירה, באופן אשר מפחית משמעותית מערכה של זכות היוצרים. מקורו של מבחן מהותי זה בפסק הדין בעניין **Ernest Turner v. Performing Right Society** [1943] Ch.167 (שיתואר להלן), שם נאמר:

"The relation of the audience to the copyright owner and the effect which the performance has on his monopoly is a consideration which seems to me to throw a good deal of light on the situation".

(p. 174).

והמלומד Copinger קובע בספרו (עמ' 459):

"If it can be said that the audience is one which the owner of the copyright might fairly consider as a part of his public then this indicates that the performance was "in public" particularly where the members of the audience are enjoying the work under conditions where they would normally pay for this privilege in one form or another. It has been said that the key of the construction of these words is that what is intended to be protected is the value of the author's invention".

158. אם הצגת השידורים מאפשרת לאלה הרוצים להאזין לשידור (או לצפות בו) לעשות זאת בחינם, בעוד שאלמלא כן היו נאלצים לשלם עבור הנאתם זאת, נראה שהצגת השידור תפגע בערך המונופולין של היוצר על יצירתו. לעומת זאת, אם מדובר בשירות שקהל המאזינים (או הצופים) יכולים לקבלו ממקור אחר בחינם, נראה שהצגת היצירה לא תפגע בערך המונופולין של בעל זכות היוצרים. התייחס לכך השופט Stewart בפסק דינו בעניין **Aiken** (בעמ' 163-164):

"Secondly, to hold that all in Aiken's position "performed" these musical compositions would be to authorize the sale of an untold number of licenses for what is basically a single public rendition of a copyrighted work. The exaction of such multiple tribute would go far beyond what is required for the economic protection of copyright owners, and would be wholly at odds with the balanced congressional purpose behind 17 U.S.C. §1 (e):

"The main object to be desired in expanding copyright protection accorded to music has been to give to the composer an adequate return for the value of his composition ...".

159. כנגד קו מחשבה זה, ניתן להביא דעה אחרת, מודרנית יותר, כפי שבאה לידי ביטוי בפסק דין אוסטרלי בעניין **Telstra Co. v. Australian Performing Right Association Ltd** [1997] HCA 41. פסק

הדין עסק בהשמעת מוזיקה במכשירי טלפון כאשר המתקשר נמצא בהמתנה על הקו (Hold-on music) ובא כוח המערער (המעוניין להשמיע מוזיקה לממתנים על הקו) טען כי הממתנים לא יהיו מעונינים לשלם לבעלי זכויות היוצרים בעבור השמעת המוזיקה ולמעשה הם אדישים לשאלה זאת (האם המוזיקה תושמע או לאו). על כך השיבו השופטים Dawson ו- Gaudron כי :

"In this case it is not so much the preparedness of the audience of music on hold to pay to hear the works were it not for their unauthorized performance that is significant. That simple analysis belongs to an age where communications were less technologically advanced and business and marketing techniques were less developed. Rather, it is the preparedness of those who wish the music on hold to be played to bear the cost of the arrangement which provides the key, for it reveals the commercial character of the broadcast and the commercial deprivation suffered by the copyright owner. Callers on hold constitute the copyrights owner's public, not because they themselves would be prepared to pay to hear the music, but because others are prepared to bear the cost of them having that facility".

כלומר, הנכונות של המשמיע לשלם כדי שלקוחותיו ייהנו מן השירות, ולא נכונותם של הלקוחות לשלם עבור ההשמעה, היא אשר משקפת את הערך הכלכלי של היצירה והופכת את הביצוע לביצוע מסחרי אשר מזכה את בעל זכויות היוצרים בתמלוגים. הד לאותה גישה ניתן למצוא בדעת המיעוט של השופט Blackmun בעניין Aiken (בעמ' 164) :

"But respondent Aiken installed four loudspeakers in this small shop. This, obviously, was not done for his personal use and contentment so that he might hear the broadcast in any corner he might be, above the noise of commercial transactions. It was done for entertainment and edification of his customers. It was part of what Mr. Aiken offered his trade, and it added, in his estimation, to the atmosphere and attraction of his establishment".

כלומר, הפקת רווח מסחרי מהצגת השידור מחייבת תשלום תמלוגים.

160. כאמור, דעת המיעוט אומצה חלקית על-ידי המחוקק האמריקני ונקבע כי במוסדות בעלי שטח גדול, המשתמשים במספר רב של מגברים, קליטת שידורים להנאת המבקרים הנה ביצוע פומבי החייב בתמלוגים. נראה כי פתרון זה הוא פרי פשרה בין הגישה המחמירה של הדין האנגלי המטיל חובת תשלום תמלוגים על כל המפעיל מכשיר רדיו בחנותו לבין הגישה המקלה של דעת הרוב בפרשת Aiken הפוטרת את בעלי המקלטים המשמיעים מוזיקה משודרת לחלוטין מתשלום תמלוגים.

161. בשאלה זו דעתנו היא, כי כל עוד השידור הוא חוקי, כלומר היצירות משודרות כדין והשידור נקלט כדין, האזנה ליצירות המשודרות בחדרי האורחים של בתי המלון אינה פוגעת בערך הכלכלי של זכויות היוצר ואין בעל הזכויות זכאי לתמלוגים. זאת מכמה סיבות:

162. ראשית, היוצר כבר קיבל תמלוגים על מכירת זכויות השידור של היצירה. התמלוגים שולמו לו על-ידי המשדר כדי שכל מי שיש ברשותו מקלט יוכל לקלוט את השידור. אם מדובר בחברת כבלים או לוויין, התמלוגים שולמו בגין האפשרות שכל מי שמחובר לשירות יאזין ליצירה. לעניין זה אין הבדל בין חדר המלון לבין ביתו של המנוי. חוג האנשים שיאזין לשידור (או יצפה בו) בחדר המלון הוא פחות או יותר אותו חוג שצופה בשידורים בבית – בני משפחה וידידים קרובים. ההבדל הוא שצפייה ביתית התשלום עבור מקלט או עבור חיבור מתבצע על-ידי בעלי הבית ואילו במלון התשלום מתבצע על-ידי בעלי המלון. כמובן, האורח משלם למלון על האפשרות להשתמש במקלטים. אך זאת לאחר שהמלון שילם לחברות כבלים או לוויין על האפשרות לקלוט את השידורים ובעלי הזכויות קיבלו את חלקם בתמלוגים.

163. חיוב בתמלוגים בגין האפשרות לקלוט שידורי רדיו, טלוויזיה, כבלים ולוויין בחדרי האורחים בבתי המלון יביא לתוצאה של כפל תמלוגים לבעלי זכויות היוצרים. פעם אחת הם יקבלו תמלוגים בגין שידור היצירה (כאשר ההנחה היא כי כל מי שמצוי בידו מקלט יכול לקלוט ולהאזין/לצפות, ובמקרה של כבלים ולוויין כל מי שמחובר לשירות יוכל לצפות בשידור) ובפעם השנייה הם יקבלו תמלוגים על קליטת השידורים בחדרי בתי המלון, כאשר הצפייה בהם היא במאפיינים ביתיים ואין היא שונה מן הצפייה בבית.

164. את שאלת הפגיעה בערך הכלכלי של המונופולין הניתן ליוצר יש לבחון לאור האפשרות האלטרנטיבית העומדת למאזין/צופה להאזין/לצפות ביצירה. אם המבצע "עוקף" את בעל זכויות היוצרים על יד ביצוע "בחנים" של יצירה שבעל זכויות היוצרים ככלל מקבל כסף על ביצועה, אזי מדובר בביצוע פומבי הפוגע בערך הכלכלי של זכויות היוצר. כאשר אלמלא הביצוע בידי המבצע המאזין היה משלם לבעל זכויות יוצרים והביצוע מאפשר "לעקוף" את התשלום, או לשלשל את התשלום לכיסו של המבצע, אזי ניתן לומר כי זכויות היוצרים מופרות. כאן אין שום עקיפת תשלום לבעל זכויות היוצרים. האלטרנטיבה העומדת למתארחים במלון היא לצפות באותן התוכניות ולהאזין לאותם השידורים בבתיים. על צפייה ביתית הם היו משלמים אגרת הטלוויזיה ואם היו רוצים לצפות בכבלים ובלוויין אזי היו צריכים לשלם גם לחברות המספקות את השירותים הנ"ל. כאן בעבור אותו הדבר שילם המלון.

165. מבחינת הפגיעה בערכו של המונופולין, נראה, שככל שהשידור מוגבל יותר מבחינת מספר הצופים שיכולים לצפות בו, כן תגבר הפגיעה בערך המונופולין של היוצר הנובעת מהצגת היצירה. בימינו, כאשר מקלט טלוויזיה וקל וחומר מקלט רדיו הנם מוצרים נפוצים ושווים לכל נפש, שחרור היצירה מעל גלי האתר, כאשר כל דכפין יפעיל את המקלט שלו ויצפה או יאזין, שידור היצירה כמעט מאיין את ערך המונופולין. שכן ספק אם יימצא אדם אשר יסכים לשלם כדי להאזין לרדיו או לראות ערוץ טלוויזיה המשודר ללא הגבלת צופים. ניתן לשער שגם התמלוגים ליוצרים בעד שידור יצירותיהם בערוצי הטלוויזיה והרדיו הכלליים מחושבים בהתאם. שידור בכבלים או בערוץ הלוויין אמנם אינו שווה לכל נפש וכדי לקולטם יש לשלם תשלום נוסף. גם מספר הצופים בערוצים אלה מוגבל יותר. עם זאת, לאור העובדה שמרבית בתי האב בישראל מחוברים היום לערוצי הכבלים או הלוויין, דומה שגם שידור בערוצים אלה פוגע במידה רבה מאוד בזכות היוצרים, פגיעה שעליה, יש להניח, היוצר פוצה על-ידי הרשות המשדרת. דומה, לפיכך, שגם העברת שידורי טלוויזיה ולוויין על-ידי בתי מלון לאורחיהם, אינה פוגעת, מבחינת אפשרות הצפייה האלטרנטיבית של האורח ביצירה תמורת שתשלום, פגיעה ממשית בערך הכלכלי של זכויות היוצר.

166. אכן, קליטת השידורים במלון היא בהקשר מסחרי, האורחים הם הצרכנים והמלון מציע להם שירותים. האפשרות לצפות בטלוויזיה היא חלק ממגוון השירותים שהמלון מציע. אולם אין בכך בלבד כדי להפוך את הביצוע בחדרים לביצוע פומבי. לא כל רווח מניב חיוב לשלם תמלוגים. המלון מרוויח משום שהוא יוצר לאורחיו תנאים ביתיים, כאשר הצפייה בטלוויזיה היא חלק מן הפעילות הביתית. צריך דבר מה נוסף כדי שהרווח של המלון יהיה בבחינת הפרת זכויות היוצרים. לעניין זה ניתן להקיש גם מפסק הדין של בית המשפט העליון בעניין רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. נ' פורום אביזרים, פ"ד נב(4) 289. שם נקבע בדעת הרוב כי יש צורך לדבר מה נוסף להתעשרות כדי שהעסקת רעיון תהווה עשיית עושר ולא במשפט. כן גם בעניינו היקף ההגנה על המונופולין של בעל זכויות היוצרים לא ייקבע על-פי מבחן ההתעשרות לבדו.

167. חיזוק לדעתנו זאת ניתן למצוא בדוגמא הבאה. נניח אדם שוכר חדר במלון ומביא עמו טרנזיסטור לאותו חדר, מכון את הטרנזיסטור לתחנת רדיו המשדרת (ברשיון) יצירות מוזיקליות מוגנות ושומע את היצירות אלה יחד עם בני משפחתו או ידידיו המתארחים עמו בחדר. האם מדובר כאן בביצוע פומבי? האם אותו אדם חב בתמלוגים? ספק בעיני. הרי השמעה כזאת אינה שונה מהשמעה ביתית ועל פעילות דומה בבית אין משלמים תמלוגים. ואם אותו אדם היה שוכר מכשיר רדיו בחנות הסמוכה האם זה היה מצדיק שינוי התוצאה? – לעניות דעתי לא, כי אופי הביצוע אינו משתנה בהתאם לסוג הזכות שיש לאדם במקלט. בניגוד לחפץ הנושא עליו את היצירה המוגנת והנועד לשימוש פרטי (כגון תקליטור), אשר השכרתו לאנשים איננה משולה לביצוע פומבי של היצירה. (ראה: סעיף 13 לפקודת זכויות יוצרים. כמו גם לאמירתו של השופט רה (Re) בפסק דין בעניין Redd Horn שהובא לעיל). אולם השכרת ציוד אלקטרוני שנועד לקליטת שידורים שונה מהשכרת קלטות. זאת משום שההשפעה הכלכלית על שווי של זכות היוצרים שונה בשני מקרים. במקרה של קלטת, ביצוע אין ספור פעמים למספר אנשים גדול באה במקום קניית קלטות תוך תשלום תמלוגים ואילו במקרה של ציוד אלקטרוני מדובר באפשרות לקלוט שידורים, כאשר התמלוגים כבר שולמו לבעלי זכויות היוצרים על-ידי המשדרים.

168. מן הטעמים הללו גם לא היינו מקבלים את טענתה של ד"ר פרזנטי כי על-ידי העמדת המכשיר לרשותו של האורח המלון מבצע או משתתף בביצועה של היצירות המשודרות. הפרה עקיפה תתכן רק כאשר יש הפרה ישירה. משול הדבר לחיובו של אדם בגין אחריות הזולת (כגון חיוב מבטח אחריות, או חיוב המעביד בגין נזקים שגרם עובדו בעבודתו). כאשר אין ביצוע פומבי, כלומר אין הפרה ישירה, לא ברור איך יכולה לצמוח אחריות להפרה עקיפה. בפסק דין בעניין אטלנטיס נשר, אותו צירפה המבקשת לסיכומיה, האחריות של בעלי האולם נבעה מכך שהתקליטנים ביצעו בפומבי יצירות מוגנות תוך הפרת זכויות היוצרים. בעלי האולם היו אחראים לאחריותם של התקליטנים. לעומת זאת בעניינו לכאורה אין הפרה ישירה. באין הפרה ישירה, בהיעדר קביעה אחרת של המחוקק, אין גם הפרה עקיפה. השכרת ציוד אלקטרוני, או היתר שימוש בו, בניגוד להשכרת קלטות, אינה באה בגדר זכויות היוצרים.

169. אשר לפסיקה האמריקאית בעניין חנויות הצפייה, יש לציין שבפסקי דין Redd Horne ו-Aveco ביצוע היצירות היה בבחינת עיסוקם העיקרי של הנתבעים ואילו בפסק הדין Professional Real Estate Inv. השירותים האלה היו חלק קטן ממגוון השירותים שהמלון נתן. שוני זה הצדיק שינוי רמת התמקדות – בפסקי דין Redd Horne ו-Aveco בית המשפט התמקד באופי המקום בכללותו, החנות כולה ובחן את השאלה על פני פרק זמן ארוך (חילופי לקוחות הפוקדים את החנות ושוכרים תאי צפייה). ואילו בפסק הדין Professional Real Estate Inv. ההתמקדות הייתה ברמת החדר הבודד ונבחנה נקודת זמן ספציפית בה החדר תפוס, בניגוד לבחינה על פני רצף הזמן כבפרשות Redd Horne ו-Aveco.

עיקר עיסוקה של חנות הווידאו התמצה בהקרנת סרטים ללקוחות ואילו במקרה של מלון מדובר בחלק קטן של הפעילות, אשר נבלע בשירותים אחרים ונלווה עליהם. נעילת תא ההקרנה אליו מגיע האדם במטרה לצפות בהקרנה אינה הופכת את התא לביתו הזמני של האדם, לעומת זאת שכירת חדר במלון

והתמקמות בחדר הופכת את החדר לביתו הזמני של האדם, וכאשר בביתו הזמני, בין יתר הפעולות, האדם צופה בטלוויזיה או מאזין לרדיו, אין הוא עושה פעולה שונה ממה שדרכם של אנשים לעשות בביתם. העובדה שהאורחים מתחלפים אינה הופכת את קליטת השידור לפומבי, כי גם לוח השידורים משתנה, הרי האורחים לא צופים באותם שידורים ואין הם מאזינים לאותן יצירות. לעומת זאת, על-פי דיננו, השכרת קלטות חייבת בתמלוגים, בין אם הקלטות מושמעות בביתו הפרטי של השוכר בין אם בחדרו במלון.

170. מכל הטעמים הללו אנו סבורים שאין לראות בביצוע יצירות מוגנות בחדרי האורחים של בית המלון ביצוע פומבי שהוא בבחינת הפרת זכותו של היוצר "to perform... in public".

סיכום ביניים

171. כדי להקים ביצוע פומבי צריך שיתקיימו, במצטבר, הן יסוד הביצוע והן יסוד הפומביות במצטבר. המסקנה המתבקשת מהבחינה דלעיל, הגם שהיא אינה נקיה מספיקות, מלמדת שאין לראות בביצוע יצירות מוגנות בחדרי האורחים של בית המלון ביצוע פומבי שהוא בבחינת הפרת זכותו של היוצר "to perform... in public". לפיכך, למבקשות אין זכות לגבות תמלוגים בגין הצבת מקלטי רדיו וטלוויזיה בחדרי מלונות. להשלכה הנודעת למסקנה זו על אישור ההסדרים הכובלים שלפנינו, נתייחס בהמשך.

זכויות יוצרים ביצירות זרות

172. השאלה בה נדון בפרק זה היא האם לבעלי זכויות יוצרים ברשומות קול (תקליט, קלטת או תקליטור) שיוצרו או פורסמו בארץ זרה (להלן – "רשומות קול זרות" ו"ארץ המוצא" בהתאמה), הזכות למנוע השמעה פומבית של רשומת הקול בישראל שלא בהסכמתם והאם יש לשלם להם תמלוגים בגין השמעה פומבית כנ"ל?

173. החברות המאוגדות בפדרציה הישראלית 1 מייצגות בארץ את ענייניהן של חברות הפקה זרות, שהן בעלות זכויות יוצרים ברשומות קול זרות על-פי חוקי המדינות בהן הן יוצרו או פורסמו, אשר רשומות הקול הזרות שלהן מיובאות ארצה, מושמעות ומשודרות כאן. הפדרציה הישראלית מתירה, במסגרת רישיון השמיכה המוענק על ידה למשתמשים, גם שימוש ביצירות קול זרות והיא מקבלת עבור כך תמלוגים. מסתבר שיצירות הקול הזרות מהוות כ-50% מהפרטואר הכולל שהפדרציה הישראלית טוענת לזכויות עליו, ומחיר השימוש עבור הפרטואר הזר נכלל אף הוא בגדר מחירון השימוש שלה. לפיכך, לשיטתה של הפדרציה הישראלית, בבדיקת סבירות המחירון יש להתחשב גם בתמלוגים הנגבים בגין השמעת רשומות קול זרות.

טענות הצדדים

174. הפדרציה הישראלית טוענת שרשומות קול זרות מוגנות בישראל מכוח שני מקורות: א. הגנה מכוח אמנות בינלאומיות עליהן ישראל חתומה וצווים שהוצאו על-ידי שר המשפטים כדי לאכוף אמנות אלה על-פי סעיף 6 לפקודת זכות יוצרים; ב. כוח סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים, המקנה הגנה לרשומות קול זרות שפורסמו בארץ בתוך 30 יום ממועד פרסומם הראשון בחו"ל.

175. המתנגדת 2, התאחדות המלוות בישראל (שלצורך פרק זה תכונה "המתנגדת"), טוענת שיצירות קול זרות אינן מוגנות בישראל, לא לפי סעיף 6 לפקודת זכות יוצרים ואף לא לפי סעיף 7 לאותה פקודה. לטענתה, גם האמנות הבינלאומיות עליהן ישראל חתומה והצווים שהוצאו כדי לאכוף את הזכויות מכוח אמנות אלה אינן מקנים לרשומות קול זרות הגנה מפני השמעה פומבית בישראל.

176. הממונה על ההגבלים העסקיים מציע, כפי שכבר נאמר, שבית הדין לא ידון במסגרת ההליך הנוכחי בסוגיה זאת, שבה הוא רואה חלק מסוגיית גובה מחיר רישיון ההשמעה, הגם שהוא מסכים שלבית הדין מוקנית סמכות לדון בכך. לפיכך, הממונה לא נקט עמדה מפורשת בסוגיה זו, אך ציין שקיים ספק אם יצירות קול זרות מוגנות בישראל.

177. בד בבד צירף הממונה לתצהיר שהוגש על ידו, חוות דעת שהוכנה על-ידי עו"ד אפורי מפרקליטות המדינה. בחוות דעת זו נקבע, ש"אין באמנות הבין-לאומיות אליהן הצטרפה ישראל, או בחקיקה שיישמה אותן, מקור להקניית זכות ההשמעה והשידור למפיקי תקליטים".

עם זאת, ביום 22.10.2001, לאחר הגשת סיכומי הצדדים, הגיש היועץ המשפטי לבית הדין מסמך בחתימתו הנושא את הכותרת "בקשה מטעם היועץ המשפטי לממשלה". בבקשה התבקש בית הדין לקבל הבהרות כעולה ממסמך שצורף לאותה הודעה, שכותרתו "הבהרות מטעם היועץ המשפטי לממשלה לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים", אשר נושא את חתימתו של עו"ד אפורי מפרקליטות המדינה.

במסמך ההבהרות טוען עו"ד אפורי, כי: "כל נושא הגנת החוק הישראלי על התקליטים הזרים, לרבות שאלת ה"פרסום" הראשון ונפקותו המשפטית, אינו בשל להכרעה בבית הדין הנכבד ולמעשה גם אין צורך להכריע בו. יתכן שלשלם בירור ממצה של סוגיה זו יהיה צורך גם בתשתית ראייתית ומשפטית נוספת, בין היתר לצורך פרשנות אמנות בין-לאומיות וניתוח המצב המשפטי בארצות אחרות. גם אם לדעתנו לא הצליחה הפדרציה להרים את הנטל בדבר זכויות היוצרים ברפרטואר התקליטים הזרים, איננו סבורים כי יש מקום לממצא עובדתי או משפטי לפיו תקליטים אלה אינם מוגנים. שאלה משפטית זו היא רק אחת מתוך שורה ארוכה של שאלות משפטיות להן יידרש בית המשפט האזרחי בדונו במחלוקות בענייני תמלוגים".

למותר לציין, כי מסמך זה, הגם שהדבר לא נאמר בו במפורש, אינו עולה בקנה אחד עם העמדה שהביע עו"ד אפורי בחוות דעתו לפיה "אין באמנות הבין-לאומיות אליהן הצטרפה ישראל, או בחקיקה שיישמה אותן, מקור להקניית זכות ההשמעה והשידור למפיקי תקליטים". לא ניתן הסבר לשינוי זה בעמדת נציג הפרקליטות.

הדין החל

178. בסעיף 19(1) **לחוק זכות יוצרים משנת 1911**, הדין מקנה לרשומות קול הגנה כאילו היו יצירות מוזיקליות, לאמור:

"הוראות לעניין מכשירים מיכניים

זכות יוצרים בתקליטים, בלוחות מנוקבים ובשאר מכשירים שאפשר להעתיק בהם קולות באופן מיכני, תהא קיימת באותו אופן כאילו היו המכשירים האלה

יצירות מוזיקליות, אלא שתקופת זכות היוצרים תמשך חמישים שנה מעת עשיית הקלישאה המקורית שממנה נתקבל המכשיר במישרין או בעקיפין, ומי שהיה בעליה של הקלישאה המקורית בעת העשותה יהא דינו כמחבר היצירה, ומקום שבעל כזה הוא חברה יהא דינה של החברה, לצרכי חוק זה, כאילו מקום מושבה נמצא בגבולות מושבותיו של הוד מלכותו שחל עליהם חוק זה, אם החברה לעצמה מקום עסקים באותן המושבות".

פקודת זכות יוצרים מוסיפה, בסעיפים 6 ו 7 לפקודה, הגנה על יצירות זרות :

סעיף 6

סעיף 6 לפקודה מסדיר את ההגנה הניתנת על-פי הדין הפנימי בישראל ליצירות זרות מכוח אמנות עליהן ישראל חתומה כדלקמן :

"הגנת יצירות זרות.

נחתם כתב אמנה בין ישראל ובין מדינה אחרת בעניין זכות יוצרים, או שישראל הצטרפה לאמנה בעניין זה, רשאי שר המשפטים להורות, בצו שפורסם ברשומות, כי היצירות שהאמנה מחייבת את הגנתן בישראל יהיו מוגנות על-פי ההוראות שבצו. הגנתה של יצירה כאמור לא תהיה יתרה על ההגנה שהיתה ניתנת לאותה יצירה אילו פורסמה לראשונה בישראל - אם פורסמה, או אילו היה מחברה אזרחי ישראלי בזמן שנתחברה - אם לא פורסמה ; אך מותר יהיה להורות בצו על הגנה יתרה מזו אם הוסכם על כך באמנה, אבל לא יותר מכפי שהוסכם".

סעיף 7

פקודת זכות יוצרים ממשיכה וקובעת בסעיף 7 לפקודה :

"(1) יצירה שפורסמה בכמה ארצות תוך שלושים יום מיום שפורסמה לראשונה - יראוה כאילו פורסמה בכולן כאחת.

(2) יצירה שפורסמה בישראל ובארצות אחרות כאחת - יראוה כאילו פורסמה לראשונה בישראל ; אולם לא יראו יצירה כאמור כאילו פורסמה בישראל אם היה הפרסום בישראל למראית עין בלבד".

מדינת ישראל חתמה ואשררה מספר אמנות בתחום ההגנה על קניין רוחני. מכוח סעיף 6 לפקודה אף הותקנו צווים שונים המקנים תוקף להוראות אותן אמנות בדין הישראלי. באמנות וצווים אלה ובהגנה המוקנית מכוחן, אם בכלל, ליצירות זרות נדון בהמשך.

מסגרת הדיון

179. לאור טענות הצדדים נדון, ראשית, בשאלה האם סעיף 7 לפקודת זכויות יוצרים (להלן הפקודה) מקנה ליצירות זרות הגנה עצמאית ונפרדת מההגנה המוקנית להן על-פי סעיף 6 לפקודה. באם נגיע למסקנה כי מדובר בהגנות נפרדות, נפצל את הדיון לשני מסלולים. במסלול האחד נבחן את ההגנה הקבועה

בסעיף 7 לפקודה, ובעיקר את הסוגיה בה נחלקו הצדדים לפנינו, שעניינה בשאלה מהו הפרסום מקביל על-פי סעיף זה. במסלול השני נבדוק האם האמנות שישראל חתמה ואשררה והצווים שהוצאו מכוחם מגינים על רשומות הקול הזרות מפני השמעה פומבית.

סעיפים 6 ו-7 לפקודת זכויות יוצרים – האם מדובר בהגנות נפרדות?

180. המתנגדת טוענת כי יצירות זרות זוכות להגנה על-פי האמנות הבין לאומית שישראל חתמה וקלטה למשפטה לפי סעיף 6 לפקודה, ואילו סעיף 7 אינו מקנה הגנה נפרדת, אלא אך מבהיר מהו פרסום ראשון לעניין סעיף 6. אחרת, לטענת המתנגדת, ייווצר מצב של חוסר הדדיות, כאשר ישראל תימצא מגינה על יצירות זרות שפורסמו בה שלושים יום מיום פרסומן הראשון בארץ המוצא, בעוד שמדינת המקור אינה חייבת להגן על יצירות ישראליות.

181. נראה שטענה זו נתמכת, גם אם לא באופן מפורש, בחוות הדעת שהוגשה על-ידי הפרקליטות, בה נאמר כי "ההנחה שלנו בחוות הדעת, המעוגנת גם בלשון החוק, היא כי הגנת החוק הישראלי הניתנת ליוצרים (או למפיקי תקליטים) זרים רק ככל שהדבר נקבע באמנה בין-לאומית שאומצה בחקיקה ישראלית, ולא יותר מכפי שהדבר מתחייב מן האמנות. דהיינו: יצירות "זרות" שאינן מוגנות לפי אמנה בין-לאומית המחייבת את ישראל, ושאומצה בחקיקת משנה לפי סעיף 6 לפקודה, אינן מוגנות בישראל".

182. טענה זאת, למרות חריפותה, אין לקבל.

לפי פשוטה של לשון הפקודה, סעיף 7 מטפל במטריה שונה מזו שבה מטפל סעיף 6. סעיף 7 מקנה הגנה ליצירות שפורסמו במקביל בכמה ארצות, כולל ישראל. הפרסום הבו-זמני מקנה אפשרות להגן על היצירה בישראל כאילו פורסמה בה לראשונה. כלומר זכות היוצרים בגין יצירה כזאת זוכה להגנה על-פי סעיף 11(א) לחוק זכויות יוצרים 1911. מדובר בהגנה עצמאית שאינה קשורה בהתחייבויותיה הבינלאומיות של ישראל, ואין לה כל קשר להגנה המוקנית ליצירות זרות מכוח סעיף 6 לפקודה.

183. כך עולה גם מהצעת החוק לתיקון פקודת זכויות יוצרים, תשי"ג - 1952 (הצעות חוק 139 מיום כ"ט בחשוון תשי"ג, הצ"ח תשי"ג, עמ' 19. כעולה מדברי ההסבר, הצעת חוק זו באה לעולם בעקבות הצטרפותה של ישראל לאמנת ברן. על רקע זה, נאמר בהצעת החוק:

"החוק המוצע בא להתאים את הוראות החוקים האמורים לדרישות העיקריות של אמנת ברן ואלה ההתאמות:

ה. החוק המוצע קובע, בהתאם לאמנה, כי יצירות שפורסמו בארץ ובארצות אחרות כאחת (היינו שפורסמו בהן תוך שלושים ימים מיום הפרסום הראשון) יהיו רואים אותן, בדרך כלל, כאילו פורסמו לראשונה בישראל, ולפיכך תיקבע זכות יוצרים לפי חוקי ישראל. אולם אם היתה אחת הארצות האמורות חרה באיגוד להגנת זכויות יוצרים, אשר אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות חלה עליו, ותקופת ההגנה לאותה יצירה באותה ארץ קצרה מזו הניתנת לה בישראל - רואים אותה יצירה כאילו פורסמה לראשונה באותה ארץ.

החוק המוצע בא גם לאפשר מתן הגנה בישראל לזכות יוצרים שנוצרה מחוץ לישראל, ולתת תוקף לאמנות בינלאומיות בדבר הגנת זכות יוצרים".

184. מכאן שלגבי יצירות שפורסמו במספר ארצות במקביל או בתוך תקופה של 30 יום, ביקש המחוקק בסעיף 7 לפקודה לקבוע "זכות יוצרים לפי חוקי ישראל". ההגנה זו אינה נוגעת להגנה על יצירות זרות שנקבעה בסעיף 6 לפקודה, שלגביהן נאמר בהצעת החוק, כי "החוק המוצע בא גם" (הדגשה לא במקור) לאפשר מתן ההגנה לזכות יוצרים שנוצרה מחוץ לישראל ולתת תוקף לאמנות בינלאומיות בדבר הגנת זכות יוצרים".

185. אין להירתע מן הטענה כי פרשנות זו תוביל להגנה על יצירות זרות שנתפרסמו בישראל תוך 30 יום מפרסומם בחו"ל, בעוד שארצות חוץ שיוצריהן מוגנים מכוח סעיף זה, אינן מגינות על יצירות שנוצרו ונתפרסמו בישראל. שכן, כאשר היצירה מתפרסמת בישראל במקביל לפרסום בחו"ל אין לראות בה עוד כיצירה זרה והיא מוגנת בדין כאילו הייתה יצירה ישראלית. משרואים ביצירה כזאת כיצירה מקומית, אין עוד רלוונטיות לשאלת ההדדיות.

186. לפנינו אפוא שני מסלולי הגנה נפרדים: מסלול הפרסום הראשון לפי סעיף 7 לפקודה, הופך את היצירות הזרות שפורסמו במקביל בישראל ליצירות ישראליות. המסלול השני, לפי סעיף 6 לפקודה, מגן על יצירות שלא פורסמו לראשונה בישראל, אך זכות להגנה מכוח התחייבויות הבינלאומיות של ישראל.

הגנה על-פי סעיף 7 – פרסום מקביל

187. סעיף 7 לפקודה מגן על יצירות שפורסמו לראשונה בישראל. השאלה היא אפוא מהו "פרסום".

188. המבקשת טוענת, שלשם "פרסום" כמשמעותו בסעיף 7 לפקודה, די בשידור ואין לדרוש הצגת עותקים של רשומות הקול לציבור לצורך מכירה. זאת משום שההתקדמות הטכנולוגית של הדור האחרון מאפשרת להפיץ את היצירה לציבור ע"י שידור, כאשר כל אחד מיחיד הציבור יכול ליצור (באופן חוקי) העתקים מן היצירה לשימוש הפרטי (ר' סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים). לדעה זו לא מצאנו תמיכה באסמכתא כלשהי.

189. המתנגדת טוענת, מנגד, כי תנאי זה יבוא על סיפוקו רק בהצגת עותקים של היצירה למכירה בישראל ואין די לצורך כך בשידור או השמעת היצירה בפומבי. דעה זאת, לטענת המתנגדת, מקובלת גם באנגליה.

190. לאור המסקנה דלעיל, לפיה סעיף 7 הוא סעיף עצמאי שאינו קשור לסעיף 6, הרי שדרישת הפרסום צריכה להתפרש מתוכו ולאור מכלול החקיקה הישראלית בתחום זכויות היוצרים, בלא קשר לשאלת היקף הגנת היצירות על-פי האמנות והצווים שהותקנו מכוח סעיף 6 לפקודה.

191. בדין האנגלי התשובה לשאלה שלפנינו ברורה. החוק האנגלי מ-1988 ממאן לראות בשידור או בביצוע של היצירה פרסום :

"175 (1) In this Part "publication", in relation to a work – means the issue of copies to the public, and

includes, in the case of a literary, dramatic, musical or artistic work, making it available to the public by means of electronic retrieval system;

...

(4) The following do not constitute publication for purposes of this Part ...

in the case of a literary, dramatic, or musical work –

the performance of the work, or the broadcasting of the work or its inclusion in the cable programme service (otherwise than for the purposes of electronic retrieval system);".

Copinger מציין בספרו (מהדורה 14 עמ' 134), כי פרסום אינו יכול להתבצע על-ידי שידור :

"Playing a sound recording in public does not constitute publication, nor does broadcasting it or including it in a cable program service".

192. גם סעיף 1(3) לחוק זכויות יוצרים מורה באופן ברור, כי פרסום מחייב הוצאת העתקים של היצירה לציבור, ובהצגת היצירה אין די כדי להקים פרסום :

"לצורכי חוק זה פרסום ביחס ליצירה – פירושו הוצאת העתקים ממנה לציבור, ואין הוא כולל הצגת יצירה דרמטית או מוזיקלית בציבור, מסירת הרצאה בציבור, תערוכה ציבורית של יצירה אמנותית, או בניית עבודה אדריכלית אמנותית, ואולם הוצאת צילומים ופיתוחים של יצירות פיסול ויצירות אדריכלות אמנותיות לא יהא דינה, לצורך הוראה זו, כדין פרסום יצירות אלו".

193. לדעתנו, למונח "פרסום" שבסעיף 7 לפקודה יש לתת פרשנות זהה ל"פרסום" כמשמעו בסעיף 1(1)(א) לחוק זכות יוצרים 1911. זאת, משום שתכלית שני הדינים דומה, והיא להגדיר אלו יצירות תזכנה להגנה.

194. פרסום לצורך החוק צריך שיספק לציבור נגישות סבירה ליצירה (ראה: Copinger בעמ' 128). ביצוע פומבי של היצירה באמצעות שידור אמנם מאפשר לציבור להקליט את היצירה באמצעות ציוד ביתי ובאיכות ביתית. אולם, מדובר בנגישות חד פעמית שאינה דומה להצגה לצורך מכירה של עותקים רבים של היצירה, אשר כל דכפין יכול לרכוש.

195. לעמדה זאת יש טעם מהותי. ליצירה שפורסמה ניתנת הגנה רחבה למדי נגד העתקתה, שינויה וביצועה בפומבי. ההגנה הזאת ניתנת ליוצר חלף האפשרות שהוא מעניק לציבור להינות מן היצירה. מוצדק אפוא להגן על יצירה של ציבור יש נגישות סבירה אליה. בשידור היצירה בלבד, אין כדי לאפשר לציבור נגישות מספקת ליצירה. לפיכך, ההגנה על יצירות שאך שודרו, אך עותקים מהן לא הוצאו לציבור אינה מוצדקת. רציונאל זה נכון לעניין הפרסום על-פי סעיף 1(א) לחוק והוא יפה גם לגבי סעיף 7 לפקודה.

196. יתר על כן, הסעיף מדבר על פרסום מקביל בארצות שונות. לדעתנו, כדי שהפרסום יהיה מקביל הוא גם צריך להיות שווה בכל הנוגע לאופן הפרסום וסיפוק דרישות הנגישות לקהל. כלומר אם תקליט פלוני מתפרסם בחו"ל ע"י הצעת העתקים למכירה בחנויות, הדעת נותנת שגם בארץ הפרסום ייעשה על-ידי הצעת מכירה לציבור. אחרת הציבור בארץ אחת ייהנה מנגישות רבה יותר ליצירה מאשר הציבור בארץ אחרת, בעוד שהיצירה תזכה להגנה שווה בשתי הארצות.

197. מן הטעמים האלה, אנו סבורים שאין לסטות מהדעה המקובלת בספרות המשפטית, כי ביצוע פומבי או שידור של היצירה אינם מהווים "פרסום" אשר מקנה זכות יוצרים ליצירות זרות. (וראה לעניין זה גם: ט. גרינמן: **זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים**, הוצאת סדן, מהדורה מעודכנת, אפריל 1988, עמ' 68).

198. טוענת המבקשת 1, לחלופין, כי מרבית התקליטים מגיעים ארצה ומוצעים לקהל זמן קצר אחר פרסומם. המבקשת מבססת טענה זו על תצהירו של מר דני ידן, מנכ"ל חברת NMC המייצגת בישראל את חברת EMI, בו נטען, כי "ברגיל וכלל בתעשיית המוזיקה פרסום כל הקלטה ממוזיקאלית חדשה מתבצע בו זמנית בארץ ובעולם וזאת משיקולים מסחריים ושיווקיים" (סעיף 6 לתצהיר מיום 26.3.01).

199. המתנגדת הגישה, מנגד, תצהיר מטעמו של מר גדעון אביבי, שהוא עיתונאי המשמש כמבקר מוזיקה פופולרית ובעבר שימש כראש מחלקת המוזיקה של גלי צה"ל. מר אביבי טוען בתצהירו, כי לא כל פרסום של הקלטה מוזיקלית מתבצע בארץ תוך 30 יום ממועד הפרסום הראשון בחו"ל. לדבריו, לעיתים חולפים שבועות, חודשים ואף שנים בין מועד פרסום הדיסק החדש בחו"ל ועד לפרסומו בישראל על-ידי הוצאת תקליטים ומכירתם בישראל. מר אביבי מסביר בתצהירו, כי מועד ההפצה של תקליט בישראל ובחו"ל כאחד נגזר לא פעם ממערכת מורכבת של שיקולים, כמו מועדי הוצאת סרטים (שפס הקול שלהם מוצא בתקליט) לאקרנים, תחילת שידור של סדרת טלוויזיה ועוד. פעמים מוצא תקליט בישראל רק לאחר שהוא זוכה להצלחה מסחרית בחו"ל, ותקליטים המוצאים בחו"ל על-ידי חברות תקליטים קטנות זוכים להפצה מקומית רק לאחר הסדרת התפוצה הבינלאומית שלהם.

השיקולים האחרונים, כמו השיקול בדבר הצלחת התקליט בחו"ל אשורו גם על-ידי מר ידן בחקירתו הנגדית (עמ' 172). מר ידן גם אישר, שפעמים מוצא תקליט בארץ רק לאחר מסע פרסום מכירות (עמ' 130) ולאחר שסיכויי הצלחת התקליט נבדקים על-ידי הוצאת "סינגלים" (עמ' 145). כמו כן, אישר מר ידן שחלק גדול מהתקליטים המתפרסמים בחו"ל כלל אינם מוצאים למכירה בישראל (עמ' 133), יש גם ז'אנרים שלמים של מוזיקה (כמו מוזיקת קאנטרי, מוזיקת נשמה או תקליטי חג המולד) שיצירות הנכללות בהם כלל אינן מוצאות למכירה בישראל (עמ' 131). מר ידן אף סיג את תצהירו לעניין הפרסום המקביל,

בכך שלמעשה מדובר רק במוזיקת פופ באנגלית ובצרפתית (עמ' 133). מחקירתו של מר ידן עלה גם ספק לגבי יכולתו להעיד על המתרחש בחברות תקליטים אחרות (פרוטוקול מיום 23.4.01 עמ' 122).

200. הפדרציה לא הצליחה להוכיח קיומו של נוהג של פרסום בישראל של יצירות זרות תוך 30 יום ממועד פרסומן בחו"ל. מהראיות שהוצגו לפנינו אף עולה, שלא כל הרפרטואר הזר שבידי הפדרציה הישראלית פורסם בישראל בתוך 30 יום ממועד הפרסום הראשון שלו בחו"ל. מאידך, נראה שלפחות חלק מאותו הרפרטואר, בעיקר יצירות בתחום הפופ הפופולארי באנגלית ובצרפתית, אכן מתפרסם בישראל על-ידי הוצאתו למכירה בחנויות בתוך התקופה האמורה (30 יום ממועד הפרסום הראשון בחו"ל). עם זאת, הראיות שהוצגו, אינן מאפשרות לקבוע באיזה חלק מהרפרטואר שבידי הפדרציה מתקיימת דרישת הפרסום המקביל לפי סעיף 7 לפקודה.

הגנה על יצירות זרות מכוח אמנות בין-לאומיות

201. הממונה לא נקט עמדה בשאלת תחולת האמנות הזרות על הדין הישראלי והיקף ההגנה הניתנת מכוחן למפיקי תקליטים זרים בישראל. הממונה סבור, כי הגנת רשומות הקול מכוח האמנות הזרות הינה עניין שבפרשנות משפטית, ועמדת הפדרציה הנה אך עמדה אחת מבין מספר עמדות אפשריות. הוא הציע, לפיכך, להתיר את הדיון בנושא זה להכרעת ערכאות אזרחיות.

כפי שצוין לעיל, לאור העובדה שקבלת הטענה עשויה להביא למסקנה שכ-50% מרפרטואר הפדרציה אינו מוגן, איננו רואים עצמנו פטורים מלהתייחס לסוגיה זו במסגרת בחינת השיקול של טובת הציבור. עם זאת, לאור המסקנה שלהלן, לפיה לפחות חלק מהרפרטואר הזר של הפדרציה הנו רפרטואר מוגן, בין מכוח סעיף 7 (פרסום מקביל) ובין מכוח סעיף 6 לפקודה (אמנות בין-לאומיות וצווים שיישמו אותן בישראל), נראה שאין הכרח במסגרת ההליך הנוכחי לקבוע מסמרות בכל הסוגיות הסבוכות המתעוררות בקשר לנושאים אלה.

202. ישראל חתומה על מספר אמנות בין-לאומיות הרלוונטיות לענייננו :

אמנת ברן להגנת יצירות ספרותיות ואמנותיות (כ"א 25, 581), מכוחה הותקן צו זכויות יוצרים אמנת ברן, תשי"ג-1953 ;

הסכם בי-לטרי עם ארצות הברית שנקלט במשפט הפנימי בצו זכויות יוצרים (ארצות הברית), תשי"ג-1953 ;

האמנה הבינלאומית להגנת מבצעים, יצרני רישמות קול וגופי שידור (אמנת רומא), אליה ישראל הצטרפה בשלהי 2002 ומכוחה הותקן צו זכויות יוצרים מבצעים ומשדרים (אמנת רומא), התשס"ג-2002.

לאור טיעוני הצדדים, נתייחס בהמשך למספר אמנות נוספות, הגם שבאלה אין לדעתנו כדי להקים לבעלי זכויות ביצירות זרות הגנה בישראל מפני השמעה פומבית.

אמנת ברן

203. אמנה זו נחתמה לראשונה בספטמבר 1886, ולאחר מכן תוקנה מספר פעמים. ישראל אשררה את האמנה בשנת 1969 על-פי נוסח שטוקהולם משנת 1967.

שני סעיפים באמנה זו ראויים בהקשר שלפנינו לתשומת לב מיוחדת:

204. סעיף 2(1) לאמנת ברן מגדיר מה הן היצירות המוגנות על-פיה:

"הביטוי 'יצירות ספרותיות ואמנותיות' כולל כל יצירה בתחומי הספרות, המדע והאמנות, על כל דרכי ביטוייה וצורות ביטוייה, כגון ספרים, קונטרסים וכתבים אחרים; הרצאות, נאומים, דרשות וכיוצא באלה; יצירות דרמטיות ודרמטיות-מוזיקליות; ...".

סעיף 5(1) לאמנה קובע את עקרון הטיפול השווה:

"מחברים ייהנו, לגבי יצירותיהם המוגנות לפי אמנה זו, בארצות האיגוד שאינן ארץ המוצא, מן הזכויות שחוקי אותן ארצות מעניקים עתה, או עשויים להעניק בעתיד, לאזרחיהם שלה, נוסף על הזכויות המוענקות במיוחד באמנה זאת".

על-פי סעיף 11 לאמנת ברן, יצירות מוזיקליות מוגנות מפני השמעה פומבית בלתי מורשית:

"1) מחבריהן של יצירות דרמטיות, דרמטיות-מוזיקליות ומוזיקליות, תהיה להם זכות ייחודית להרשות:

ביצוען של יצירותיהן בפומבי, לרבות ביצוע בפומבי כאמור בכל דרך או תהליך;

העברה לציבור של ביצוע יצירותיהם".

מכוח סמכותו על-פי סעיף 6 לפקודת זכות יוצרים, התקין שר המשפטים את צו זכות יוצרים (אמנת ברן). בסעיף 2 לצו נקבע:

"יצירה שפורסמה לראשונה בארץ-איגוד תהא מוגנת בישראל כאילו פורסמה לראשונה בישראל".

205. השאלה היא האם רשומות קול זרות מוגנות מפני השמעה פומבית בישראל מכוח התחייבויותיה של ישראל על-פי אמנת ברן, אשר נקלטה במשפט הפנימי בצו אמנת ברן הנזכר לעיל.

206. יש לבחון שאלה זו בשני שלבים. ראשית, עלינו לבדוק האם רשומות קול עשויות להיות מוגנות על-פי אמנת ברן כיצירות אומנותיות. אם כך הדבר, הרי שישראל מחויבת, על-פי עקרון הטיפול השווה (national treatment) המעוגן בסעיף 5(1) לאמנה, להגן על יוצריהן לפי דיניה, כאילו היו אזרחיה. גם אם התשובה לשאלה זו תהא שלילית, עדיין יהא עלינו לבחון, האם את המושג "יצירה מוזיקלית" (או יצירה

בכלל) יש לפרש כמובנו באמנה, או שמא עלינו לבחון אותו דרך הפריזמה של הדין הישראלי. אם הפרשנות של מונח זה תקבע לפי הדין הישראלי, הרי שדין זה - סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים - מחייב להתייחס לרשומות קול כאילו היו יצירות מוזיקליות ולהגן עליהן בהתאם.

207. מקובל לומר כי רשימת היצירות המוגנות על-פי אמנת ברן הנה פתוחה. סעיף 12(1) פורס את הגנת האמנה על כל "יצירה בתחומי המדע הספרות והאמנות" כאשר הפירוט שבהמשך הסעיף אינו ממצה את מגוון האפשרויות. אף על-פי כן, מקובל לחשוב כי רשומת קול אינה "יצירה" כמשמעותה באמנת ברן. כך כותב המלומד Ricketson בספרו על אמנת ברן (Sam Ricketson, **The Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Works** (Kluwer 1987), 1886-1986 (עמ' 310-309):

"Following the invention of the phonograph by Edison ... a large industry concerned with the manufacture of a sound recordings and similar devices had come into existence by the time of the Berlin Conference. ... During the Conference, however, the British delegates raised the question whether it would be desirable to include in the Convention a provision specifically giving international copyright protection ... to the actual instruments on which the musical works were recorded – the gramophone discs, piano rolls and the like. Against this, it was maintained that this objects were on the borderline between 'industrial property' and copyright, and might conceivably be held to belong more properly to the former category. The British Government repeated its suggestion at the Rome Conference ... In making this proposal, it seems clear that the British Government was concerned with protection of its own (extensive) recording industry. Once again, it received considerable criticism on the ground that it was concerned with the protection of the manufacturing, rather than the authors' interest".

גם ד"ר פרזנטי מציינת בספרה (מהדורה שנייה, כרך ב' עמ' 676) כי :

"חשוב לציין שאמנת ברן לא עוסקת כלל בזכויותיו של המפיק אלא רק בזכויות של יוצר היצירה המוזיקלית".

208. כלומר רשומות קול לא נכללו במניין היצירות המוגנות באמנת ברן לא במקרה, אלא בכוונת המכוון. שכן, לשיטת המדינות החברות באמנה שהשתתפו בוועידות השונות לתיקונה, הגנת רשומות קול בזכויות היוצרים מגנה על אינטרס תעשייתי של חברת התקליטים ולא על זכויות היוצר. את אשר מנסחי האמנה הוציאו בדלת לא נכניס מבעד לחלון. לא נוכל אפוא לקבל את הטענה כי רשומות קול הן יצירות מוגנות על-פי אמנת ברן.

209. עדיין עלינו לבחון, אם יש לפרש את הביטויים הכלולים באמנת ברן לאור החוק הישראלי המשווה רשומות קול ליצירות מוזיקליות.

210. בליבה של השאלה השנייה עומד פירושו של כלל "הטיפול השווה" המעוגן בסעיף 15(1) לאמנה. אם כלל הטיפול השווה משמעו שעל המדינות שהן צד לאמנה להעניק למחברים את אותן זכויות להן היו זכאים אילו היו אזרחים ישראלים או אילו יצירותיהם פורסמו לראשונה בישראל, כי אז, לאור האמנה, אין כל הבדל, לעניין ההגנה, בין אזרחי ישראל לאזרח מדינה זרה שהיא צד לאמנה, או בין יצירה שפורסמה לראשונה בישראל לבין יצירה שפורסמה הראשון היה במדינה כאמור.

לפי פרשנות זו, הואיל וישראל מגינה על זכויות היוצרים של אזרחיה ברשומות קול מפני השמעה פומבית, עליה להגן גם על יוצריהן של רשומות קול זרות, אם אלה אזרחי מדינות שהן צד לאמנה, או אם הרשומה פורסמה לראשונה באותן מדינות.

211. אולם תתכן פרשנות אחרת. לפי פרשנות זו, ניתן לומר כי האמנה מעניקה אך מעין "כרטיס כניסה" לאותן יצירות הנכללות בה, עליהן היא מחייבת להגן, ורק אותן יצירות ייהנו מהגנה כאילו היו אלה יצירות של יוצרים ישראלים. לפיכך, כלל הטיפול השווה לא יחול על יצירות שאינן מוגנות לפי האמנה, גם אם יוצרים ישראלים היו זכאים, לגבי יצירות כאלה, להגנה על-פי הדין הפנימי.

212. ככלל, השאלה אלו קטגוריות של יצירות מוגנות תוכרע על-פי דין האמנה, ולא על-פי הדין הפנימי של המדינה. כפי שמסכם הקומנטר המודרני ביותר שמצאנו בעניין הגנה בין-לאומית על זכויות יוצרים מפרי עטו של המלומד פ. גולדשטיין (P. Goldstein International Copyright Principles, **Law and Practice** (Oxford 2001) בעמ' 73):

"Commentators generally agree that convention law, not national law, governs the question whether a class of subject matter or a means of exploitation falls within the convention's scope so that it is subject to the national treatment".

213. אולם דברים אלה מתייחסים לשאלה האם קטגוריה מסוימת של יצירות מוגנת על-פי האמנה. השאלה שלפנינו מעט שונה. הדין הישראלי משווה קטגוריה אחת (רשומות קול) לקטגוריה אחרת של יצירות שהינה ללא ספק מוגנת (יצירות מוזיקליות). השאלה המורכבת יותר הנה, האם להשוואה זאת נודעת נפקות לעניין האמנה.

214. בשאלה זו נפלה מחלוקת בין המלומדים. המלומד David Vaver סבור, כי גם אם מדינה מגדירה (בחוקיה הלאומיים) את היצירה המוגנת בצורה רחבה יותר מהנדרש באמנה, היא אינה חייבת, על-פי כלל הטיפול השווה, להעניק הגנה ליצירות החורגות מתחום הגדרת האמנה. (D. Vaver, **The National Treatment Requirements of the Berne and Universal Copyright Conventions** (Part One), 17 I.I.C., 577 (1986), וכן Ricketson לעיל, בעמ' 208-209).

מנגד, ניתן למצוא בספרות המשפטית תמיכה גם לדעה האחרת, לפיה אם בחרה מדינה להעניק הגנה של זכויות יוצרים ביצירות מסוימות לאזרחיה, כי אז עליה לתת אותה הגנה גם ליצירותיהם של אזרחי מדינות האגוד (ולגבי היצירות שפורסמו בהן לראשונה) ולהגן על יצירות אלו כאילו היו אלה יצירות של ישראלים, או שנתפרסמו פרסום ראשון בישראל.

כך, כותב המלומד גולדשטיין בספרו לעיל ביחס לסוגיה זו:

"A separate but related question for national treatment arises when a creative product admittedly falls outside a convention's minimum terms but a country elects to protect it nonetheless under its copyright legislation. One example is the U.S. Copyright Act's inclusion of sound recordings – concededly not Berne subject matter – among the objects of its protection. ... A persuasive argument can be made, that the protecting country, having decided to treat the subject matter as belonging to copyright for its own nationals, should be required to give the same treatment to works originated on the territory of its treaty partners, at least if, as in the United States, the legislation does not expressly provide to the contrary. One reason is to economize in line-drawing around rights and subject matter coming within the national treatment obligation. Another reason is respect for national autonomy and consequent deference to the legislature's motives in choosing to place the copyright label in that which, at lesser international expense, it could have called by a different name" (p. 74).

כלומר אם בחרה המדינה להעניק הגנה של זכויות יוצרים ביצירות מסוימות לאזרחיה אזי יש לתת להחלטה הזאת תוקף גם כלפי יצירותיהם של אזרחי מדינות האיגוד (ולגבי היצירות שפורסמו בהן לראשונה) ולהגן על היצירות כאילו היו אלה יצירות של ישראלים, או שנתפרסמו פרסום ראשון בישראל.

דעה דומה מביע המלומד W. Nodermann, שאת מאמרו צירפה באת כוח המבקשת צירפה לסיכומיה (W. Nodermann "The Principles of National Treatment and the Definition of Literary and Artistic Works", 25 Copyright 300 (1989)).

215. הדיון הנוכחי אינו מחייב, לדעתנו, הכרעה במחלוקת זו.

אמנה עולמית בדבר זכויות יוצרים

216. לאמנה זו שנחתמה בז'נבה ביום 6 לספטמבר 1952 הצטרפה גם ישראל (ביום 16.12.1952). להלן – האמנה העולמית). אמנה זו דומה בהוראותיה המהותיות הנוגעות לעניינו לאמנת ברן. גם לגבי אמנה זו הוצא על-ידי שר המשפטים צו זכות יוצרים (האמנה העולמית), התשט"ו–1955, אשר קבע (בסעיף 2), בדומה לצו אמנת ברן, כי:

"יצירה שפורסמה ומחברה הוא נתין או אזרח של אחת הארצות החברות באמנה, וכן יצירה שפורסמה לראשונה באחת הארצות החברות באמנה, תהיה מוגנת בישראל כאילו פורסמה לראשונה בישראל".

ארצות הברית

217. ארצות הברית סירבה משך תקופה ארוכה להצטרף לאמנת ברן ולכן כרתה עם מדינות שונות הסכמים נפרדים להגנה על זכויות היוצרים. גם עם ישראל נכרתה אמנה כזאת בדרך של חילופי אגרות. ב-4 במאי 1950 הפקיד שגריר שישראל בווינגטון איגרת למזכיר המדינה ובה נאמר בין השאר:

"With a view to clarifying the benefits in Israel of authors and proprietors in the United States of America since May 15, 1948, my Government has instructed me to state its assurances that under the provisions of the Israeli law all literary and artistic works published in the United States are accorded the same treatment as works published in Israel, including mechanical reproductions of musical compositions, and that citizens of the United States are entitled to obtain copyright for their works in Israel on substantially the same basis as the citizens of Israel, including rights similar to those provided by section 1(e) of the aforesaid title 17".

218. על-פי אמנה זו חייבת ישראל לנהוג "בכל היצירות שנתפרסמו בארצות הברית אותו מנהג שנוהגים ביצירות שנתפרסמו בישראל, לרבות השמעתן המיכנית (mechanical reproductions) של יצירות מוזיקליות, ואזרחי ארצות הברית זכאים לקבל זכות יוצרים על יצירותיהם בישראל על בסיס דומה בעיקרו לזה הנוהג לגבי אזרחי ישראל, לרבות זכויות הדומות לאלה שנקבעו בסעיף 1(e) לשער 17 ל - USC האמריקאי. באמנה זו, שלא כבאמנת ברן, קיימת התייחסות מפורשת לרשומות קול.

בעקבות חילופי האגרות הותקן צו זכויות יוצרים (ארצות הברית), תשי"ג-1953. בסעיף 1 לצו זה נקבע:

"יצירה שפורסמה לראשונה בארצות-הברית של אמריקה תהא מוגנת בישראל כאילו פורסמה לראשונה בישראל".

219. ב"כ המתנגדת טוענת כי הגנה על רשומות הקול האמריקניות מפני השמעה פומבית יוצרת אי-סימטריה בין ההגנה שמעניקה כל אחת משתי המדינות מדינה ליצירות שמקורן במדינה האחרת. כך, רשומת קול אמריקאית תוגן בישראל מפני השמעה פומבית ואילו רשומת קול ישראלית לא תוגן מפני השמעה פומבית בארה"ב, אלא אך כנגד השמעה באמצעות שידור דיגיטלי (כהוראת סעיף 106(6) לפרק 17 ל-U.S.C.).

220. אין לקבל טענה זו. טיפול שווה כלשון האמנה פירוש, כי יצירה זרה מטופלת כישראל כיצירה מקומית ויצירה ישראלית מטופלת בארה"ב כאילו הייתה יצירה אמריקנית. ההדדיות היא בכך שכל צד מעניק ליצירות של הצד השני את אותה ההגנה שהוא מוכן להעניק ליצירותיו הוא.

221. באות כוח המתנגדת טוענת, שלצו זכות יוצרים (ארה"ב) נפקות אך ורק לגבי יצירות שנוצרו או פורסמו לפני הצטרפותה של ארה"ב לאמנת ברן במרץ 1989 ולאמנה העולמית בספטמבר 1955 (ראה: בספרה של ד"ר פריזנטי **לעיל**, כרך א', עמ' 152).

222. לדעתנו, אין לקבל טענה זו. אמנם, הצו במקורו הוצא משום שארה"ב טרם הצטרפה אותה עת לאמנת ברן. אולם הצו וכמוהו האמנה לא בוטלו בעקבות הצטרפותה של ארה"ב לאמנת ברן או לאמנה

העולמית. אמנת ברן אף שומרת באופן מפורש על זכויות יוצרים רחבות יותר שנקבעו בהסכמים בין מדינות (סעיף 20). הוראה דומה מצויה גם באמנה העולמית (סעיף 19) (ראה: ת"א 1376/91 *The Roy Export Company Establishment ואח' נ' מפעל הפיס ואח'*, דינים מחוז' לב(1) 544, סעיף 6.2 לפסק הדין).

223. לפיכך, אנו סבורים שרשומות קול שמקורן בארצות הברית מוגנות מפני השמעה פומבית בישראל.

אמנת רומא

224. אמנת רומא (International Convention for the protection of performers, producers of phonograms and broadcasting organizations, 1961) נכנסה לתוקף בשנת 1964. ישראל הצטרפה לאמנה רק בשלהי שנת 2002, וביום 19.9.02 התקין שר המשפטים את צו זכויות יוצרים, מבצעים ומשדרים (אמנת רומא), התשס"ג-2002 (להלן - צו אמנת רומא).

225. סעיף 12 לאמנה מקנה למפיקים זכות לקבלת תמלוגים עבור השמעה פומבית של תקליטיהם. זכות זו מוגבלת בשניים: ראשית, הזכות קמה רק לגבי השמעה פומבית ישירה של תקליטים המופצים בדרך מסחרית, והיא אינה חלה על השמעה עקיפה באמצעות הרדיו והטלוויזיה; שנית, סעיף 16 לאמנה מאפשר למדינות החתומות על האמנה להסתייג מהוראות סעיף 12 ולבחור בין האפשרויות הבאות: לא להחיל סעיף זה כלל; להחילו בסייגים; או להחילו בכפוף לדרישת הדדיות. בכך סוטה האמנה מעקרון "הטיפול השווה".

226. בצו אמנת רומא ניצלה ישראל את זכות ההסתייגות המוקנית לה על-פי האמנה, וקבעה שהוראות סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים, 1911, יחולו, ככל שמדובר בהשמעה פומבית של רישמות קול, רק על רישמת קול שהיצרן שלה הוא אזרח מדינה חברה המעניקה זכויות דומות ליצרנים ישראלים שלהם רישמות קול, או של מבצעים ישראלים, המנויה בתוספת.

227. לאור אמנה זו והצו שהותקן מכוחה, הרפרטואר של הפדרציה הישראלית שמקורו במדינות החתומות על אמנת רומא (ארה"ב, ככל הידוע לנו, לא הצטרפה לאמנה זו) מוגן בישראל מפני השמעה פומבית בסייגים הנקובים באמנה ובצו.

228. הצדדים התייחסו בטיעוניהם למספר אמנות וצווים נוספים, שלדעתנו אינם מקנים הגנה למפיקי רשומות קול זרות מפני השמעות פומביות בישראל. נתייחס לאמנות אלה בקצרה.

הסכם טריפס

229. הסכם זה (AGREEMENT ON TRADE-RELATED ASPECTS OF INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS) הוא חלק מהסכם ארגון הסחר העולמי. על-פי עקרון ה-National Treatment שנקבע בסעיף 3 להסכם, כל מדינה חייבת להעניק לאזרחי מדינה אחרת את כל הזכויות האחרות הניתנות לאזרחיה לפי חוקי אותה מדינה. אולם, לגבי זכויות מבצעים, מפיקים ומשדרים, נקבע באותו סעיף, שחובה זו תחול רק ביחס לאותן זכויות שנקבעו בהסכם.

סעיף 14 להסכם טריפס מקנה למפיקי תקליטים זכות למנוע העתקה של תקליטים, וסעיפים 14(4) ו-11 קובעים, כי למפיק זכות למנוע השכרה מסחרית של התקליטים.

מכאן, שהסכם טריפס אינו מקנה למפיקים זכות למנוע השמעה פומבית של תקליטהם.

230. מכוח הסכם זה ועל-פי סעיף 6 לפקודת זכות יוצרים, התקין שר המשפטים את צו זכות יוצרים (הסכם טריפס), התש"ס-1999. בסעיף 6 לצו נקבע:

"6. רישמת קול שהיצרן שלה הוא אזרח מדינה חברה, או שפורסמה לראשונה במדינה חברה, יחולו עליה -

סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים, 1911, ביחס ליצירת העתקות שלה;

סעיף 13 לפקודת זכות יוצרים, ביחס להשכרת רישמת קול למטרות מסחר, אך למעט השכרת רישמת קול כשהיא חלק מחפץ אחר שהוא המושכר העיקרי".

231. מכאן, שהצו יישם את הוראות הסכם טריפס לעניין העתקה והשכרה בלבד. איננו מקבלים את טענת ב"כ המבקשת 1, כי הסכם טריפס מקנה למפיקי רשומות קול הגנה מפני השמעה פומבית לא מורשית. אין ממש גם בטענה שהצו המיישם את הסכם טריפס חסר תוקף משום שהתייחס לזכויות העתקה והשכרה בלבד.

אמנה הגנה על יצרני רשומות קול נגד שכפול בלתי מורשה של רשומות קול

232. אמנה זו (שנחתמה בז'נבה בשנת 1971) מגינה על רישומות קול אך מפני שכפול, העתקה וייבוא כפלים ואינה דנה בזכויות אחרות. גם בקשר לאמנה זו הוצא על-ידי שר המשפטים צו זכות יוצרים (האמנה להגנת יצרני רישמת קול), תשל"ח-1978.

צו זה מחיל את סעיף 19 לחוק זכות יוצרים באופן מוגבל ובהתייחס לזכותו של מפיק התקליט למנוע עשיית כפלים וייבוא של כפלים ללא רשות בלבד. אין בצו זה כדי להרחיב את זכויותיהם של מפיקי רשומות קול מעבר לזכויות שביקשה להעניק להם האמנה.

סיכום ביניים

233. לאור האמור, אין לקבל את טענתה הגורפת של הפדרציה הישראלית, לפיה מלוא הרפרטואר של היצירות הזרות אשר מצוי בידה הנו רפרטואר מוגן. מאידך, ברור שלפחות חלק מאותו רפרטואר אכן מוגן. הרפרטואר המוגן מורכב מרשומות קול זרות שמקורן בארה"ב (על-פי ההסכם הדו-צדדי בין ישראל-ארה"ב וצו זכות יוצרים (ארה"ב)); רשומות קול זרות שמקורן במדינות החתומות על הסכם רומא, אך זאת בכפוף למגבלות שהוצבו על הגנה זו, הן מכוח האמנה והן מכוח הסייג שנקבע בצו שהותקן מכוח האמנה;

היקף ההגנה על יצירות זרות מכוח אמנת ברן, נתון, כפי שהובהר לעיל, במחלוקת. מכוח סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים מוגנות גם יצירות זרות שפורסמו בישראל במקביל או תוך 30 יום ממועד פרסומן לראשונה בארצות אחרות.

234. לאור הראיות שהוצגו בפנינו, אין באפשרותנו לקבוע איזה חלק מהרפרטואר שבידי הפדרציה הישראלית הנו רפרטואר מוגן. אין בידנו גם לקבוע, איזה חלק מהרפרטואר שבידי הפדרציה הישראלית שלו נזקקים המשתמשים בפועל לשם השמעה פומבית, הנו רפרטואר מוגן. לנפקות אשר נודעת למסקנה זו לעניין בקשת אישור ההסדר הכובל נתייחס בהמשך.

אישור ההסדר הכובל לגבי השמעת מוזיקה בחדרי מלון והשמעת יצירות זרות

235. כפי שהוסבר לעיל, הפעלת מקלטי רדיו או טלוויזיה בחדרי אירוח באופן עצמאי על-ידי אורחי בית המלון, שלא באמצעות שידור המתבצע ממקד מרכזי על-ידי בית המלון, אינה בגדר השמעה פומבית המותנית באישור בעלי זכויות היוצרים ומזכה את אלה בתמלוגים.

236. עם זאת, בהנחה (שלגביה איננו קובעים מסמרות), שקביעה זו אינה מהווה מעשה בית דין ביחסים שבין הפדרציה לבין כל בתי המלון שלא היו צד להליכים אלה, ולאור העובדה שמדובר בשאלה סבוכה, לגביה קיימות פסיקות סותרות של בתי משפט מחוזיים ואין הלכה פסוקה של בית המשפט העליון, הגענו לכלל מסקנה שאין מקום להוציא מכלל ההסדר המאושר שיתוף פעולה בין הצדדים להסדר גם בנוגע להשמעת מוזיקה בחדרי אורחים שבבתי מלון. משמע, הפדרציה תהא רשאית להמשיך לפעול במסגרת ההסדר הכובל לגביית תמלוגים גם בגין השמעת מוזיקה בחדרי אורחים בבתי מלון. עם זאת, בנסיבות אלה אנו סבורים שאין הצדקה להתנות את מתן רישיון ההשמעה בשטחים הציבוריים שבבתי המלון ברכישת רישיון השמעה גם עבור השמעת מוזיקה בחדרי האורחים. משמעותה של פרקטיקה זו, של "הכל או לא כלום", בנסיבות אלה, היא כפייתם של בתי המלון לרכוש רישיון שימוש גם עבור השמעה לא מוגנת, אשר מתאפשרת עקב ניצול כוח השוק שבידי הפדרציה, שאין להכשירה במסגרת אישור ההסדר הכובל.

משמע, על הפדרציה להסכים למכור, כתנאי לאישור ההסדר הכובל בנוגע לפעילותה מול בתי המלון, גם רישיונות חלקיים, שלא יכללו השמעת מוזיקה בחדרי אורחים בבתי מלון, שלגביה הוחלט, כאמור לעיל, שאין מדובר בהשמעה פומבית.

לאור האמור לעיל בדבר קיומו של כוח שוק מסוים גם בידי הפי"ל, תנאי זה יהא תקף גם לגבי אישור ההסדר הכובל שהתבקש על-ידי הפי"ל. בכך אין משום קביעה שהפי"ל הנה בעלת מונופולין.

במסגרת זו איננו דנים בנושא המחיר, אך ברור שלפיצול הרישיון אמורה להיות השלכה על מחירו. לכאורה, לא אמורה להתעורר בנושא זה בעיה, שכן התעריף הנוכחי כולל ממילא תעריף נפרד לחדרים.

237. לעניין הרפרטואר הזר, כפי שהוסבר לעיל, אין בידנו לקבוע מסקנה חד משמעית לגבי זכויות היוצרים שבידי הצדדים ברפרטואר זה. מחד, לא הוכחה בהליך זה טענתה הגורפת של הפדרציה הישראלית, לפיה מלוא הרפרטואר של היצירות הזרות אשר מצוי בידה הנו רפרטואר מוגן. הדעת אף נותנת, שחלק מאותו רפרטואר אינו מוגן. מאידך, גם לא הוכחה טענת המתנגדים, שכל הרפרטואר הזר אינו מוגן. מהראיות ברור שחלק מאותו רפרטואר הנו רפרטואר מוגן. מדובר, כפי שנאמר לעיל, ברשומות

קול זרות שמקורן בארה"ב, רשומות קול זרות שמקורן במדינות החתומות על הסכם רומא (כפוף למגבלות שהוצבו על הגנה זו, הן מכוח האמנה והן מכוח הסייג שנקבע בצו זכויות יוצרים ומשדרים (אמנת רומא), התשס"ג-2002, ורשומות קול שהתפרסמו לראשונה בישראל מכוח סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים. זאת, גם בלא להביא בחשבון את אמנת ברן, שהיקף ההגנה לפיה נתון במחלוקת. כפי שהוסבר לעיל, אין בידנו לקבוע איזה חלק מהרפרטואר שבידי הפדרציה הנו מוגן, אך קיימת בהחלט אפשרות, שמדובר בחלק גדול מתוך רפרטואר זה, או לפחות בחלק גדול מתוך הרפרטואר שבפועל מושמע בישראל. לעניין זה, דומה שהיקף הרפרטואר המושמע בפועל על-ידי המשתמשים, ולא היקף הרפרטואר הכולל, הוא שמהווה שיקול מרכזי בקביעת גובה התמלוגים.

238. לאור המסקנה דלעיל, איננו רואים מקום להוציא מגדר האישור את פעילות הפדרציה לגבי הרפרטואר הזר. דיון בעניין זה בבית הדין יחייב, למעשה, את פתיחת ההליך מתחילתו, בירור סוגיית ההגנה לגבי מלוא הרפרטואר של הפדרציה הישראלית, תוך הפרדת הרפרטואר המוגן ותמחורו, בנפרד, מהרפרטואר הלא מוגן. עניין זה מצריך, לדעתנו, התדיינות משפטית נפרדת בהליך אזרחי ולא ראוי לדון בו במסגרת זו של אישור ההסדר הכובל.

239. לאור הראיות מהן עולה שחלק, ייתכן אף חלק גדול, מהרפרטואר אשר מושמע בפועל על-ידי המשתמשים בישראל הנו רפרטואר מוגן, אנו סבורים שאין מקום להיזקק גם לפתרון שנקבע בעניין השמעת מוזיקה בחדרי אורחים בבתי מלון, היינו הצבת תנאי המחייב את הפדרציה להנפיק רישיון נפרד עבור השמעות מהפקות מקומיות. שכן, מבחינה מעשית, פתרון כזה עשוי להביא באופן מיידי להפסקת תשלום תמלוגים גם בגין השמעת יצירות זרות מוגנות.

טענות ייחודיות להתאחדות בעלי האולמות

240. התאחדות בעלי אולמות אירועים בישראל הגישה אף היא התנגדות להסכם. חלק מההתנגדות נסב על טענות בדבר אי סבירות מחירי הרישיון הנגבים על-ידי הפדרציה מבעלי האולמות. בטענות אלה, כפי שנאמר לעיל, לא נדון במסגרת ההליך הנוכחי.

241. טענתה העיקרית של התאחדות בעלי אולמות אירועים בישראל נסבה על כך, שהפדרציה דורשת תמלוגים בגין השמעה פומבית באולמות האירועים מבעלי האולמות ולא מן התקליטנים ויותר מכך, במודע ובמכוון לא נעשה שום מאמץ לגבות תמלוגים מתקליטנים, משום שנוח לה למבקשת לגבות דווקא מבעלי האולמות. כתוצאה מכך, התשלום בגין ההשמעות מגולגל כולו על בעלי האולמות ואילו התקליטנים אינם נושאים בנטל. חיציה של המתנגדת 1 אינם מופנים כנגד עצם הגבייה המרוכזת של התמלוגים, אלא כנגד מחדלה השרירותי של הפדרציה שהחליטה לא לגבות כלל תמלוגים מן התקליטנים.

לטענת המתנגדת, אף כי מוצדק לגבות תמלוגים במרוכז, אין לאשר הסדר כובל במתכונתו הנוכחית, בלי שהמבקשות תעשינה מאמץ לגבות תמלוגים מאלה האחראים במישרין להשמעה פומבית של היצירות המוגנות. המתנגדת טוענת כי גביית התמלוגים מבעלי האולמות בלבד אינה לטובת הציבור, משום שהיא מעלה את המחירים בענף ופוגעת בלקוחות, פוגעת בענף האולמות ויש לה השפעה שלילית על המשק כולו. המתנגדת דורשת אפוא לא לגלגל את מלוא עלויות ההשמעה עליה, אלא לגבש הסדר שיאפשר גביית תמלוגים ישירות מתקליטנים.

242. מסתבר שעד לאחרונה אף לא היה אצל הפדרציה מחירון ביחס למגזר התקליטנים. מחירון כזה הונהג על-ידי הפדרציה רק בשנת 2000. אולם, נראה שגם לאחר הנהגת אותו מחירון, הפדרציה ממשיכה

במדיניותה לגבות את התגמולים ממפעלי האולמות בלבד ולזנוח את הגבייה מהתקליטנים. מר קדמון, הממונה על הגבייה אצל הפדרציה, אף ציין בחקירתו שאין בדעתו לפטור מתשלום תגמולים גם מבעלי האולמות שימצאו לו רשימה של שמות התקליטנים שהופיעו באולמות, תאריכי הופעה וכל מידע רלבנטי אחר (פרוטוקול מיום 28.3.01, עמ' 121). עם זאת, מר קדמון הסכים ש"אם בעל האולם לא משמיע מוסיקה בעצמו ומתחייב שאך ורק תקליטנים ומורשים ברישיון ידרכו באולם האירועים שלו, יכול מאד להיות שאני אפטור אותו מתשלום, אבל צורת התמחור תשתנה... אני אצטרך לבדוק את זה". גם מר שפר, מנכ"ל הפדרציה, העיד בדומה, כי "המדיניות שלנו לגבי תקליטנים היא, שאם ניתן היה לעשות איזה שהוא הסדר עם התקליטן וגם עם בעל האולם בצורה כזו שלא יהיה כפל תשלום ושתהיה האפשרות שאו בעל האולם או התקליטן בפועל שרשאי ושמשלם תגמולים הוא זה שישמיע, אם אנחנו יכולים ללכת לקראת הסדר כזה אנו ננסה" (פרוטוקול מיום 23.4.01, עמ' 64).

243. בעניין זה אנו סבורים שבמדיניות הפדרציה, המתמקדת בגביית תמלוגים מבעלי האולמות ולא מהתקליטנים, אין משום שימוש לרעה בכוח השוק שבידה. שהרי על בעל האולם מוטלת אחריות לביצוע מפר של זכויות יוצרים שנעשה באולמו מכוח סעיף 32(3) לחוק זכויות יוצרים, 1911. בידו של בעל האולם נתונה גם האפשרות היותר מעשית ויותר פשוטה למנוע הפרת זכויות יוצרים על-ידי מניעת השמעה של מוזיקה באולמו על-ידי מי שאין לו רישיון לעשות כן. זאת, בעוד שהאפשרויות העומדות בפני הפדרציה לאתר תקליטנים או מבצעים אחרים אשר משמיעים יצירות מוגנות ללא אישור בעייתית הרבה יותר. התייחס לכך כב' השופט שלו בהחלטתו בת"א 25/98 (ת"א) **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' אטלנטיס נשר בע"מ** (דינים מחוזי, כרך כו(9) 249):

"כדי לאפשר אותה הגנה רחבה בשטח של זכויות יוצרים, שהוא כה פרוץ להפרות, יש לגרום לכך כי הגנה כזאת תהיה אפקטיבית, ולשם כך דרושה כתובת קבועה אליה ניתן יהיה לפנות. מכך נגזרת חובתו של בעל האולם אשר היצירות המושמעות באולמו מסייעות לו בעשיית רווחיו, ומכך גם קמה חובתו לקבל רשות כדן של כל בעלי זכויות היוצרים להשמעת יצירות אלה".

במהלך הדיון העלה ב"כ התאחדות אולמות האירועים את השאלה, האם הפדרציה תהא מוכנה לפטור מתשלום תמלוגים בעל אולם שבאולמו יופיעו רק תקליטנים בעלי רישיון השמעה. מר קדמון, היה מוכן לשקול אפשרות זו, אם כי לא התחייב לכך:

"אם בעל האולם לא משמיע מוזיקה בעצמו ומתחייב שאך ורק תקליטנים מורשים ברישיון ידרכו באולם האירועים שלו, יכול מאד להיות שאני אפטור אותו מתשלום, אבל צורת התמחור תשתנה... אני אצטרך לבדוק את העניין הזה". (פרוטוקול מיום 28.3.01, עמ' 121).

244. אולם, אם בעל אולם האירועים יקפיד על כך שלא תושמע באולמו מוזיקה על-ידי מי שאין לו רישיון, הוא לא יזקק לרישיון השמעה, גם לא להסכמתה של הפדרציה לפטור אותו מקבלת רישיון. שכן במקרה כזה, לא תהא לפדרציה כל עילה לגבות ממנו תמלוגים. בנושא זה איננו מקבלים את טענתו של ב"כ הפי"ל, לפיה גם אם כל התקליטנים המופיעים באולם מסוים יהיו בעלי רישיון גם אז יזדקק בעל האולם לרישיון נפרד, עבור הערך המוסף שההשמעה מקנה לו.

245. התוצאה היא שאנו דוחים את התנגדותה של התאחדות אולמות האירועים.

שינויים בתנאי אישור ההסדר

246. הממונה מציע להתנות את אישור ההסדר במספר שינויים שיוכנסו לתנאי הפעילות של הפדרציה, שהחשוב שבהם הוא הכללת הזכות לסינכרוניזציה באגד הזכויות הניתנות לבעל הרשיון. כמו כן, מבקש הממונה להסיר את המגבלות בתנאי הרשיון הניתן לתאגידי שידור בדבר רשומות קול באמצעות אינטרנט. לדידו של הממונה, הכללת זכויות אלו ברשיון השמיכה אותו מציעה הפדרציה, הנו תנאי הכרחי לאישור ההסדר, ככל שמדובר בפעילות הפדרציה מול תאגידי השידור.

הממונה מציע להגדיר את המונח "השמעה פומבית או שידור" כלהלן:

"שימוש ברשומות קול בדרך של השמעתן בפומבי או שידורן כחלק מתכנים המועברים באמצעות תקשורת קוית, אלחוטית דיגיטלית או אחרת, לרבות באמצעות האינטרנט, בין אם לבדן ובין באמצעות שילובן בחומר אודיו או אודיו-ויזואלי אחר".

247. בסעיף 6 להבהרות מטעם היועץ המשפטי לממשלה לעמדת הממונה על ההגבלים העסקיים, אשר הוגשו ביום 17.10.01, הובעה העמדה לפיה:

"שאלת ה'סינכרוניזציה' ושאלת ה'אינטרנט' אינן טעונות הכרעה ממצה בהליך זה מעבר לקביעה העקרונית כי על הפדרציה להצטייד בזכויות לשימושים אלו ובמקרה שיהיו לה טעמים סבירים שלא להרשות את השימוש במקרה כזה או אחר, תוכל לעשות זאת בהליכים בין הצדדים הנוגעים בדבר".

סינכרוניזציה

248. סינכרוניזציה היא שילוב של רשומות קול עם חומר ויזואלי או אודיו-ויזואלי אחר.

טענות הצדדים

249. לעניין הסינכרוניזציה, הממונה טוען כי שילוב רשומות הקול בחומר ויזואלי ואודיו ויזואלי אחר הוא לחם חוקם של שידורי הטלוויזיה, וכל שידור טלוויזיוני המלווה במוסיקה כרוך בשילוב כזה. לטענת הממונה, אם הזכות לסינכרוניזציה לא תיכלל באגד הזכויות שתספק הפדרציה ברשיון ואם תאגידי השידור יידרשו, לגבי כל יצירה מוזיקלית שהם מבקשים לשלב בשידורי טלוויזיה, לתור אחר בעלי זכויות ההשמעה הפומבית, לנהל מו"מ פרטני עם כל אחד מהם ולקבל רשיון סינכרוניזציה נפרד מכל בעל זכות, אין כל הצדקה לאישור הסדר כובל. שהרי אם בלאו הכי ייאלצו תאגידי השידור לפנות לכל חברת תקליטים בנפרד כדי להסדיר את זכות הסינכרוניזציה, הם יוכלו באותה הזדמנות להסדיר גם את זכות ההשמעה הפומבית. במקרה כזה, נטען, אין כל צורך וטעם להתיר קיומו של הסדר כובל שמטרתו הענקת רישיון, שבהעדר זכות סינכרוניזציה, אין לו כל משמעות.

הממונה מדגיש שאין מדובר בהעתקת היצירות לצורך הפצה מסחרית, גם לא בשילובן של רשומות קול בסרטי קולנוע או בסרטוני פרסומת, אלא אך לאפשר לתאגידי השידור לבצע את הפעולות הנחוצות לשידור.

250. לשיטתו של הממונה, אין גם רלוונטיות לטענה כי שילוב רשומות הקול בחומרים אחרים הנו זכות יוצרים נפרדת. שהרי, בין שמדובר בזכות שהיא חלק מזכות ההשמעה הפומבית ובין שמדובר בזכות נפרדת, השאלה היא האם יש טעם באישור הסדר כובל שאינו כולל זכות זו.

הממונה טוען, שאין לקבל גם את הטענה, שזכות הסינכרוניזציה לא הועברה לפדרציה על-ידי חברות הקליטים. שכן השאלה אינה אלו זכויות קיימות בידי הפדרציה אלא אלו זכויות ראוי שתועברנה לה כדי לבסס את ההצדקה שבאישור ההסדר הכובל.

הממונה סבור שגם העובדה כי זכות הסינכרוניזציה רלוונטית אך לתאגידי שידור, שהם גופים חזקים ובעלי כוח מיקוח, אינה מיתרת את הצורך בהכללת זכות זו בתנאי האישור של ההסדר הכובל. שהרי זכותו של תאגיד שידור שלא להיפגע עקב הסדר כובל אינה נופלת מזכותו של כל משתמש אחר. גם שיקול החיסכון בהוצאות, שהוא אחד השיקולים המרכזיים בזכות אישור ההסדר, צריך שיביא בחשבון גם את הוצאותיו של תאגיד השידור, מה גם שהוצאות אלה מוטלות בסופו של יום על כלל הציבור.

הפדרציה מתנגדת לדרישת הממונה להכליל בהגדרה של השמעה פומבית או שידור את הסינכרוניזציה (שילוב) של היצירות בחומר אודיו-ויזואלי. לטענתה, שידור פירושו השמעת היצירה כפי שהיא ואילו העתקתה לפס קול או שילובה ביצירה אודיו-ויזואלית, מביאה להפקה של יצירה שהזכות לגביה הנה זכות יוצרים נפרדת מזכות הביצוע הפומבי, והיא מחייבת, לפיכך, רישיון נפרד. העובדה שכתוצאה מהשילוב נוצרת יצירה חדשה, שונה מסך מרכיביה, מוכיחה גם היא, להשקפתה של הפדרציה, שאין מדובר בפעולה נלווית לשידור. יתר על כן, חברות התקליטים לא העבירו זכות זו לפדרציה, לפיכך, הפדרציה אינה יכולה להרשות שימוש בזכות שאינה קיימת בידיה. אמנם, תחת לחץ הממונה, בעלי הזכויות העבירו לפדרציה את הזכות לסינכרוניזציה, אולם העברה זאת נכפתה עליהם ונעשתה אך לצורך קבלת היתר זמני. לדרישת הממונה להרחיב את גדר הזכויות שהפדרציה מנהלת, מוסיפה וטוענת הפדרציה, אין אח ורע בעולם והיא בעייתית גם מנקודת הראות של דיני ההגבלים העסקיים, בהרחיבה את שיתוף הפעולה האסור (לשיטתו של הממונה) בדיון ומגבירה את כוח השוק של הפדרציה.

לטענת הפדרציה, הדרישה לכלול את הסינכרוניזציה באגד הזכויות הכלולות ברשיון המסופק על-ידה איננה לטובת הציבור, גם משום שהיא מיטיבה רק עם תאגידי השידור, שהם גופים עשירים שיש להם כוח מיקוח רב ופוטרת אותם מן הצורך לנהל מו"מ פרטני עם בעלי הזכויות.

גם לפי חוק יסוד כבוד האדם וחירותו, טוענת הפדרציה, אין לחייב את בעלי הזכויות להעביר את זכויותיהם לפדרציה, מחמת הפגיעה בזכות הקניין שלהם ובזכות המוסרית על יצירותיהם.

דיון

251. נושא הסינכרוניזציה הנו נושא ייחודי לשידורי הטלוויזיה, בהם משולבים קול ותמונה. בהעדר אפשרות לשלב את היצירה המוזיקלית בתמונה חזותית, לא ניתן להפיק שידור טלוויזיוני, וממילא לא ניתן לעשות שימוש בזכות לביצוע פומבי של היצירות, זכות אשר נרכשה במסגרת הרשיון הגורף. במילים

אחרות, הפדרציה מוכרת לתאגידי השידור בתחום הטלוויזיה, רישיון שלמעשה אין בו כדי להשיג את תכליתו ולאפשר לתאגידי השידור לשדר את היצירות.

252. מההסברים שניתנו לנו, עולה שמבחינה מעשית, עד היום הבעיה לא התעוררה, משום שכל התאגידים המשדרים שידורי הטלוויזיה נהגו לשלב רשומות קול בחומר אודיו-ויזואלי במסגרת שידורי הטלוויזיה, בלא שהפדרציה ניסתה למנוע מהם לעשות זאת. עם זאת, בפסק דין זה לא נוכל לצאת מההנחה שמה שהיה הוא שיהיה, ועלינו להביא בחשבון את האפשרות, שבעתיד הפדרציה עשויה להתנגד לבצוע סינכרוניזציה על-ידי תאגידי השידור הטלוויזיוני ולסכל בדרך זו את מימוש רישיון ההשמעה.

253. בעניין זה מקובלת עלינו עמדתו של הממונה, כי אי הכללת זכות הסינכרוניזציה ברישיון ההשמעה, חותרת בצורה קשה תחת עצם ההצדקה שבאישור ההסדר הכובל. בהינתן העובדה שלא ניתן לשדר שידורי טלוויזיה בלא לבצע סינכרוניזציה, היינו לשלב בהם רשומות קול, תאגידי השידור לא יוכלו להסתפק ברישיון הנוכחי אשר נמכר על-ידי הפדרציה והם יאלצו לפנות ישירות לחברות בעלות הזכויות ולנהל עם כל בעל זכויות מו"מ נפרד לגבי רכישת זכות הסינכרוניזציה. במצב כזה, שבו מתחייבת ממילא פנייה ישירה וניהול משא ומתן בין תאגידי השידור לבין כל אחת מחברות התקליטים, נופל השיקול העיקרי בזכות אישור ההסדר, לפחות ככל שמדובר בפעילות הפדרציה מול תאגידי השידור. שהרי אם תאגיד השידור יהא חייב, בכל מקרה, לפנות ישירות לכל בעל זכויות לשם רכישת זכות סינכרוניזציה, הוא יוכל באותה הזדמנות לנהל עמו מו"מ גם על רכישת זכות ההשמעה, מה שייתר את עצם קיומה של הפדרציה בתחום זה.

254. מהראיות שלפנינו גם עולה, שבעבר הפדרציה הישראלית כללה ברישיון הגורף זכות לסינכרוניזציה. כך, במסמך שכותרתו "כתב הצהרה והתחייבות" שנשלח על-ידי חברות התקליטים אל הפדרציה (נספח 1 לסקירה בנושא התמלוגים לרשיון כולל שהוגש על-ידי הפדרציה הישראלית) נאמר:

"במסגרת זכות זו, הקנינו לפדרציה אף את הזכות להתיר לאחרים, במקרים של השמעה פומבית ו/או שידור לבצע 'הקלטה לצרכי שידור' (DUBBING) של המוסיקה כהגדרתה להלן. 'הקלטה לצרכי שידור' לצורך כתב זה משמעה: הקלטת מוסיקה מתוך תקליטים לצרכי שידור במועד מאוחר יותר, בין אם לבדה ובין אם יחד עם חומר אודיו ויזואלי אחר".

255. ובהסכם שבין הפדרציה הישראלית לבין רשות השידור נקבע (סעיף 1.1 להסכם) כי:

"שידור" פירושו השמעה פומבית, שידור רדיו ו/או טלוויזיה לרבות סינכרוניזציה, מוסיקת רקע והקלטה מחדש, וכל שימוש אחר לצורכי שידורים ברדיו ובטלוויזיה".

הפדרציה לא הסבירה מה גרם לה כיום לשנות את דעתה ולסרב לכלול בין אגד הזכויות המוקנות לתאגידי השידור במסגרת הרישיון את זכות הסינכרוניזציה.

256. הפדרציה הישראלית טוענת, כי "לשינויים שמבקש הממונה על ההגבלים לערוך בתנאים דלעיל אין אח ורע בעולם ובשום מדינה לא נכפה על בעל זכויות יוצרים על-ידי רשות להגבלים עסקיים, בית דין

להגבלים עסקיים או ערכה שיפוטית אחרת להעביר זכויות יוצרים מתוך אגד זכויות היוצרים שבבעלותו לארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים, כתנאי לפעילות הארגון".

257. אכן, לא הוצג לפנינו מקרה בו כפתה רשות הגבלים עסקיים על ארגון של ניהול משותף של זכויות יוצרים לכלול בתנאי הרישיון זכות לסינכרוניזציה. מאידך, גם לא הוכח לפנינו קיומה של פרקטיקה מעין זו שמבקשת הפדרציה להנהיג, אשר מפצלת בין זכויות היוצרים המוענקת למשתמשים על-ידי ארגון כדוגמת הפדרציה, באופן אשר שולל כל נפקות מעשית מהרישיון המוענק למשתמש. למשל, ה - PPL (Phonographic Performance Ltd.), שהוא התאגיד לניהול זכויות יוצרים הפועל בבריטניה, מוכר את רישיון ההשמעה יחד עם זכות מוגבלת לביצוע סינכרוניזציה. במסגרת זו מעניק ה - PPL למשתמשים זכות dubbing הכוללת גם זכות לביצוע סינכרוניזציה, אך אינה כוללת רישיון לשימוש בפרסומות, לשילוב רשומות קול עם סימן מסחר או מותג, כמוזיקה המשתמשת לזיהוי התחנה, לעריכה מחודשת או מניפולציה ברשומת הקול, לצורך הפקת קדימונים לאירועים שאינם חלק מפעולות השידור או לשימושים הגורמים לפגיעה בשמם הטוב של האמן או חברת התקליטים.

258. לענייננו אין גם רלוונטיות לשאלה, האם זכות הסינכרוניזציה הנה זכות עצמאית ונפרדת מזכות ההשמעה הפומבית. גם אם מדובר בזכות נפרדת, אי כריכתה של זכות הסינכרוניזציה יחד עם זכות ההשמעה הפומבית בתוך אגד הזכויות המוענק למשתמש במסגרת רישיון השמיכה, שולל את הרציונאל שבסיוע ההסדר הכובל, ככל שמדובר בפעילות הפדרציה מול תאגידי השידור, ואת הטעם העיקרי בזכות אישורו.

259. אין גם ממש בטענה שהפדרציה אינה מסוגלת להעניק זכות זו, משום שהחברות אותן היא מייצגת אינן מוכנות להעביר לה את זכות הסינכרוניזציה. ראשית, טענה זו מפרידה, באופן מלאכותי, בין הפדרציה לבין החברות אותן היא מייצגת שהן צד להסדר הכובל. מי שהוא צד להסדר כובל אינו יכול להישמע בטענה "לא רוצה", כאשר טובת הציבור דורשת להתנות את אישור ההסדר בתנאים. שנית, גם אם זכות זו אינה בהישג ידה של הפדרציה משום שחברות התקליטים אינם מעוניינות להעביר לה זכות זו, השאלה העומדת לפנינו, היא אם אישור ההסדר בתנאים אלה היא לטובת הציבור. בנסיבות אלה, שבהן אי הכללתה של זכות הסינכרוניזציה בהסדר, שומטת את היתרון העיקרי הכרוך בהסדר, ככל שמדובר בשידורי הטלוויזיה, אין כל נפקות לשאלה אם ביכולתה של הפדרציה לעמוד בדרישה זו אם לאו.

260. אין לקבל גם את טענתה של הפדרציה כי מדובר ב"כפייה" להעניק לתאגידי השידור זכויות יוצרים שהיא אינה חפצה בהענקתם. בהעדר זכות קנויה לעשות הסדר כובל, לא ניתן לטעון שהתניית אישורו של ההסדר בתנאים שיבטיחו את טובת הציבור, עולה כדי כפייה. באשרו את ההסדר הכובל בתנאים, בית הדין אינו כופה על חברות התקליטים לעשות דבר, אלא רק קובע תנאים לפעילותן המשותפת. תנאי זה אינו מחייב את הצדדים לנהוג לפיו, אלא אם ברצונם לקיים את ההסדר הכובל.

261. נוסף ונציין, שאפילו היה ניתן לראות בתנאי זה משום "כפייה", רישיון כפייה (compulsory license) אינו זר גם לדיני הקניין הרוחני וניתן להפעילו כלפי בעל זכות יוצרים גם מכוח דינים אלה ראה: א' דינשטיין "רישיון-כפייה בזכות-יוצרים" משפטים כ"א (תשנ"ב) 251, 255-258.

262. לאור שיקולים אלה אנו סבורים, שאין הצדקה לאשר את ההסדר הכובל, ככל שמדובר בשיתוף פעולה של חברות התקליטים כלפי התאגידים המשדרים שידורי טלוויזיה, אלא אם במסגרת זו יקנו חברות התקליטים לפדרציה זכות להתיר, במסגרת הרישיון הגורף, גם ביצוע סינכרוניזציה והפדרציה תכלול זכות זו ברישיון המוצא על ידה לתאגידי השידור. עם זאת, מקובל עלינו, שהפדרציה תהא זכאית,

משיקולים סבירים, להגביל זכות זו. כך, ומבלי למצות נושא זה, מקובל עלינו שהפדרציה אינה חייבת להתיר סינכרוניזציה אלא לשם שידור ולא, למשל, לצורך מכירה מסחרית או לשם שימוש בפרסומות. בהעדר דיון ממצה בנושא זה, לא נפרט במסגרת זו את כלל המקרים בהם הגבלה כזו תחשב להגבלה סבירה, והצדדים יוכלו לחזור ולפנות בעניין זה לבית הדין.

שידור באינטרנט

263. לשיתו של הממונה על הפדרציה לתת רשיונות שידור באינטרנט, זולת אם יש באמתחתה צידוק סביר שלא לעשות כן.

264. המבקשות מסכימות "שההתפתחות הטכנולוגית מצריכה שהפדרציה תוכל ליתן רישיונות לשידור באינטרנט". אולם, הן מתנות מתן היתרים כאמור במסגרת הרישיון הניתן על ידן לתאגידי השידור, בכך שזכות זו תוגבל בשני סייגים. הסייג האחד הוא סייג טריטוריאלי, לפיו השידור באינטרנט יוגבל אך לתחומי מדינת ישראל. הסייג השני הוא סייג טכנולוגי, לפיו השידור ייעשה באופן שאינו מאפשר הורדת (download) של היצירות המשודרות על-ידי המאזינים למחשביהם.

לעניין הסייג הראשון, מציינות המבקשות, כי הפדרציה אינה עוסקת ולא תעסוק במתן הרשאות להעתקת של יצירות, אלא רק במתן הרשאות להשמעה פומבית ושידור של מוזיקה מוקלטת. גם גדר ההרשאה שניתן לפדרציה על-ידי חברות התקליטים אינו כולל מתן הרשאה לביצוע העתקה.

לעניין הסייג השני, נטען על-ידי הפדרציה הישראלית, כי גדר העברת זכות השידור מחברות התקליטים הזרות לפדרציה מוגבל לטריטוריה של ישראל בלבד, שכן רישיונות למשתמשים בחו"ל מעניקים תאגידים לניהול משותף של זכויות דומים הפועלים בארצות אלה. עם זאת, הפדרציה מסכימה לתת רישיון שידור באינטרנט שיהא מוגבל לפרטואר של חברות התקליטים בישראל בלבד (מבקשות 3-18).

לפיכך, מוכנה הפדרציה הישראלית, לכלול את השידור באינטרנט במסגרת הרישיון הניתן על ידה ובלבד ששידור באמצעות האינטרנט יוגדר כ"שידור של הקלטות שהופקו על-ידי יצרן או מפיק ישראלי בלבד בשיטה טכנולוגית שאינה מאפשרת את העלאת המוזיקה המוקלטת (upload) על גבי אתר ו/או מאגר שבשליטת אתר אינטרנט, בכל צורה ו/או פורמט ו/או קובץ שיאפשרו למבקרי האתר להוריד את היצירות למחשביהם האישיים (download)".

הממונה אינו מסכים לשתי המגבלות. בעניין המגבלה הטריטוריאלית, הממונה טוען כי הפדרציה לא הבהירה מהן המגבלות שברישיון שהוטלו על-ידי החברות הזרות, האם מדובר בשידור מהטריטוריה של ישראל, שאז דרישת הממונה אינה נוגדת את תנאי החוזה שבין הפדרציה הישראלית לבין החברות הזרות, או בשידור שיכול להיקלט בטריטוריה של מדינת ישראל בלבד.

אם מדובר במניעת העברת שידורים מישראל לחו"ל, טוען הממונה, כי אז טענה זו אינה מתיישבת עם העובדה ששידורים של תאגידי שידור ישראליים נקלטים מזה שנים מחוץ לישראל, ורשות השידור אף מחויבת לשדר שידורים ליהודי התפוצות ושידורים לחוץ לארץ (סעיפים 3(4) ו- 3(5) לחוק רשות השידור). בנוסף, טוען הממונה, כי המשמעות המעשית של דרישה זו, היא כי תאגיד שידור לא יוכל להעביר שידוריו באינטרנט, אלא אם יפנה בנפרד, בנוסף להסכם עם הפדרציה, אל כל אחת מחברות התקליטים הזרות, או לחלופין אל כל גוף מקביל לפדרציה בכל מדינה ומדינה בעולם שיש בה חיבור לאינטרנט ויקבל אישורם

לשידור. גם אם הדבר מעשי, טוען הממונה, משמעות הדבר הנה שכל חברת תקליטים או כל פדרציה מקבילה בחו"ל תוכל להטיל וטו על השידור לחו"ל ולסחוט באופן זה תמלוגים נוספים ומופרזים. בנסיבות אלה, נטען, מגבלה זו שוללת את התועלת לציבור שבהסדר הכובל והופכת אותו להסדר כובל מפחית תפוקה אשר מבוסס על ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי שבידי תאגיד ניהול הזכויות.

265. לדעת הממונה אין אפשרות, בשלב זה, להסכים גם למגבלה השנייה, האוסרת על העלאת המוסיקה המוקלטת (upload) על גבי אתר אינטרנט ו/או מאגר שבשליטת אתר אינטרנט בכל צורה ו/או פורמט ו/או קובץ שיאפשרו למבקרי האתר להוריד את היצירות למחשביהם האישיים (download). לטענת הממונה, גם הצעה זו מעוררת חששות מפני הקטנת תפוקה, מניעת היצע שירותים רחב יותר ודיכוי חדשנות טכנולוגית. הצעה זו שקולה, לטענת הממונה, למצב בו היו מתכנסות כל חברות התקליטים ומחליטות להימנע ממתן רישיונות שידור שיציעו שירותים כאמור. עם זאת, מוסיף הממונה, ייתכן אמנם שלצורך הצעתם של שירותים כאלה, אין כל תועלת בקיומו של תאגיד לניהול משותף ואז, כמובן שהדרך הנכונה תהייה לקיים התקשרויות פרטניות עם בעלי הזכויות. אולם, לטענתו, הואיל ובפני בית הדין לא הוצגו ראיות בנושא זה, ואף לא טיעון מסודר, יש להשאיר את התנאי המוצע על כנו, ולהתנות את פעולת הפדרציה מול תאגידי שידור גם במתן הרשאות לשידורים באינטרנט ללא כל הגבלה שתקבע בתנאים, ואם בידי חברות התקליטים או הפדרציה טעם סביר להטיל מגבלות על אופי השידור באינטרנט, טענות אלה ייבחנו בבית המשפט במסגרת הליך פרטיקולרי בין הצדדים השונים.

דין

266. נושא האינטרנט מעלה סוגיות כבדות משקל, שלא לובנו בהליך שלפנינו, לא מהצד העובדתי וגם לא מההיבט המשפטי. הצדדים לא הציגו בעניין זה ראיות, גם תאגידי השידור לא מצאו לנכון להופיע בפני בית הדין ולהציג עמדתם בנושא. לא הוצגו לפנינו גם ראיות לגבי הסדרים מקובלים בעניין זה במשפט המשווה. החומר שהומצא לנו על ידי הממונה מתוך אתר האינטרנט של PPL מתייחס לנושא הסינכרוניזציה, אך אינו מתייחס לנושא האינטרנט. באתר האינטרנט של ארגון ASCAP מצאנו שני סוגי רישיונות, האחד מיועד לבעלי רישיונות המאפשרים הורדת יצירות למחשבי המשתמשים והאחר אינו מאפשר זאת. משמע, המגבלה האוסרת על הורדת יצירות למחשבי המשתמשים הנה מגבלה אפשרית ואף מקובלת. מגבלה זו, למותר ולציין, נגזרת מזכותו של בעל זכויות היוצרים שלא להתיר את השידור. כפי שטוען הממונה, לא הובררה בהליך זה גם מהותה של המגבלה הטריטוריאלית לה טוענת הפדרציה הישראלית מבחינת החוזים שבין הפדרציה לבין חברות התקליטים הזרות, ומה הרציונאל שביסודה של מגבלה זו. גם טיעוני הצדדים בסיכומיהם היו מצומצמים ביותר. הממונה עצמו מסכים בסיכומיו, שבפני בית הדין לא הוצגו בעניין זה ראיות ואף לא טיעון מסודר. במצב דברים זה, הדיון בנושא זה בהליך שלפנינו, לא הניח תשתית עובדתית ומשפטית נאותה אשר תאפשר לבית הדין לקבל החלטה מושכלת בנושא נכבד וחדשני זה.

חרף האמור, הממונה סבור כי יש להשאיר את התנאי המוצע על כנו, ולהתנות את פעולת הפדרציה מול תאגידי שידור במתן הרשאות לשידורים באינטרנט ללא כל מגבלה, וככל שיהא בידי חברות התקליטים או הפדרציה טעם סביר להטיל מגבלות על אופי השידור, יהא מקום, לשיטת הממונה לבחון נושא זה בבית משפט במסגרת הליך פרטיקולרי בין הצדדים. בחינה כזאת, סבור הממונה, לא תעמוד בניגוד לאישור ההסדר על ידי בית הדין, חרף היותו מותנה במתן הרשאות לשידורי אינטרנט ללא מגבלה. עמדה דומה מציג גם נציג היועץ המשפטי בהודעתו לבית הדין מיום 17.10.01.

בניגוד לדעת הממונה, אנו סבורים שהמסקנה העולה מהעדר ליבון ואי מיצוי הדיון בנושא האינטרנט במסגרת הדיונים בהליך זה, היא שאין מקום בשלב זה להציב דרישה זו כתנאי לאישור ההסדר הכובל.

עם זאת, לאור הפגיעה אשר עשויה להיגרם לציבור עקב אי מתן רישיון לשידורים באינטרנט, אנו סבורים שיש לאפשר לצדדים למצות את הדיון בנושא זה, על ידי הצגת ראיות וטיעונים נוספים. לפיכך, בשלב זה איננו מתנים את אישור ההסדר הכובל במתן היתר לשידורי אינטרנט, אך זאת בכפוף לדיון נוסף שיקום בסוגיה זו על פי בקשת מי מהצדדים. במסגרת זו יוכלו הצדדים להביא ראיות ולטעון גם לגבי מגבלות שיש להטיל על השימוש של תאגידי השידור בזכות הסינכרוניזציה.

שינויים נוספים המתבקשים בתנאי ההסדר

267. הפדרציה הישראלית מבקשת לשנות את סעיף 8 לתנאי ההסדר. על פי אותו סעיף, שכותרתו "אי אפליה", "משתמשים דומים יזכו לתנאי רישיון דומים. בכך לא יהא כדי למנוע בעד הפדרציה להעניק הנחות או הטבות בתנאי הרישיון, ובלבד שאין במתן ההנחה או בשיעורה משום הענקת יתרון בלתי הגון לאותו משתמש לעומת משתמשים אחרים".

268. לטענת הפדרציה הישראלית, אין בידה סמכות ויכולת להעריך אם הנחה פלונית מעניקה או לא מעניקה למשתמש יתרון בלתי הגון על מתחריו והיא אינה יכולה להעסיק לצורך כך מומחה להגבלים עסקיים, אשר יבדוק ויאשר כל רישיון השמעה שיוצא על ידה כדי לוודא שתנאי הוצאתו אינם עומדים בניגוד להוראה זו.

269. איננו מקבלים טענה זו. שכן תנאי זה משקף את הוראת סעיף 29א(ב)(3) לחוק ההגבלים העסקיים, אשר חלה על הפדרציה בכל מקרה בהיותה בעלת מונופולין.

270. הפי"ל מתנגדת להקנות מעמד לאיגוד של משתמשים (כדוגמת התאחדות המלונות) לצורך ניהול מו"מ עם הפדרציה והפי"ל. לדעתנו, הקניית מעמד כזה מתבקשת כדי לרסן את כוח השוק של תאגידי הניהול. עם זאת, הקניית מעמד כאמור לאיגוד משתמשים, אינה הופכת איגוד זה לנציג פורמאלי של כל המשתמשים באופן שבו, כל הודעה שתשלח לאיגוד תחשב, כפי שמבקשת הפי"ל, כהודעה שנמסרה לכל משתמש. אין מקום גם לקבוע, במסגרת זו, מגבלות שיחולו על צדדי ג' (המשתמשים) שאינם צד להליך זה.

271. איננו מקבלים גם את הצעותיה של התאחדות המלונות לשינוי תנאי ההסדר. לרוב ההצעות (כמו ההצעה שבית הדין יקבע את תעריפי הפדרציה או אמות מידה לקביעת תעריפים אלה, או שבית הדין יתנה את אישור ההסדר בכך שהפדרציה תמכור גם רישיונות חלקיים) התייחסנו במהלך הדיון דלעיל.

סוף דבר

272. לאור האמור אנו מאשרים את ההסדרים הכובלים נשוא הבקשות בכפוף לתנאים לפעילות שתי הפדרציות כפי שנכללו בנספחים 1 ו- 2 להודעת הממונה לבית הדין מיום 14.6.2001, למעט, בשלב זה, בנושא השידורים באינטרנט.

תנאי לאישור ההסדרים הכובלים בכל הנוגע לפעילות הפדרציות מול תאגידי השידור, הוא שהפדרציות יכללו, במסגרת הרישיון הגורף הניתן לתאגידי השידור, גם את הזכויות הבאות: העתקה לצורכי שידור ("dubbing"); סינכרוניזציה; שימור ותיעוד ארכיוני; וכן תקבלנה הרשאות מכל החברות או הגופים (לרבות יחידים) שאותם הן מייצגות לכלול זכויות אלו במסגרת הרישיון הגורף.

תנאי נוסף לאישור ההסדר, בכל הנוגע לפעילותן של הפדרציות מול בתי המלון, הוא שהפדרציות תאפשרנה לבתי מלון לרכוש רשיונות השמעה שאינם כוללים השמעת מוזיקה בחדרי האורחים אשר מתבצעת על-ידי האורחים עצמם בדרך של הפעלת מקלטי רדיו או טלוויזיה, שלא באמצעות הפעלה מרכזית או שידור הנעשים על-ידי בית המלון.

לבקשת הממונה הננו להבהיר, כי אין במתן האישור כדי להסדיר בהכרח את מלוא הסוגיות הנוגעות לחוק ההגבלים העסקיים הכרוכות בפעילותן של הפדרציות, וכי אין באישור זה כדי לשלול או להגביל את סמכותו של הממונה או בית הדין לפעול או לדון בהיבטים אחרים של פעילותן של הפדרציות, שלא הוסדרו במסגרת האישור הנוכחי.

אישור זה ניתן לתקופה של שלוש שנים מהיום, אך זאת בכפוף לשינויים עליהם עשוי בית הדין להחליט בשני נושאים: בנושא הטלת מגבלות על זכות הסינכרוניזציה; ובנושא התניית האישור במתן זכות לתאגידי השידור לשידורים באינטרנט, וזאת בעקבות בקשות נוספות שיוגשו על-ידי מי מהצדדים ובלבד שאלה תוגשנה בתוך 60 יום מהיום.

פסק-דין זה ניתן, בהסכמת הצדדים, במותב קטוע, לאחר שהסתיימה תקופת כהונתו של חבר בית הדין, פרופ' ברנע.

ניתן היום, ח' באייר תשס"ד (29 באפריל 2004), בהעדר.

המזכירות תמציא העתק מפסק הדין לב"כ הצדדים, ותודיע להם טלפונית על מתן פסק הדין.

עו"ד י' קידר

חבר

י' עדיאל, שופט

אב בית הדין

נוסח מסמך זה כפוף לשינויי ניסוח ועריכה