

הסדר  
כ"ב  
5711  
ת"ז  
ת"ז

## תיקון מינוי רשויות תמרוז מקומיות

לפי תקנות התעבורה, התשכ"א-1961

בתוקף סמכותי לפי תקנה 1 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, אני ממנה רשות תמרוז מקומית במופרט להלן:

אחרי פרט (9) במינוי רשויות תמרוז מקומיות, יבוא:

"(9א) אדי קואז, ת"ז 55714240, לתחום השיפוט של עיריית פתח תקוה";

י"א בתמוז התשס"ד (30 ביוני 2004)

(חמ 3-766)

אלכס לנגר

המפקח על התעבורה

1 ק"ת התשכ"א, עמ' 1425.

2 י"פ התשס"ב, עמ' 3737.

## הודעה על רישום בקשה לאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף (זב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - החוק), אני מודיע כי נרשמה בקשה לאישור הסדר כובל כדלקמן:

הצדדים להסדר:

אק"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומורלים למוסיקה בישראל

היוצרים (אשר שמם ננקב ברשימה נספח בו לבקשה)

התאגידים הזרים לניהול זכויות יוצרים (אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב2 לבקשה)

הנכס או השירות נושא ההסדר:

זכויות יוצרים

מהות הכבילה כמתואר בבקשה:

זכויות יוצרים לענין המחיר שיידרש, חלוקת השוק וכמות המוצרים בשוק.

בהתאם לסעיף 8(ב) לחוק, אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל, איגוד עסקי וכן ארגון ערכני רשאים להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים התנגדות מנומקת בכתב להסדר, בתוך שלושים ימים מיום פרסום הודעה זו ברשומות.

ההסדר האמור פתוח לעיון הציבור בתיק הע-5711 במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, קומה ג', ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

ט"ז בתמוז התשס"ד (5 ביולי 2004)

(חמ 3-680)

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

1 סי"ח התשמ"ח, עמ' 128.

שם מס' זהות

054528005

קבלו אברהם

054561774

שמידט ישראל

056433758

תעסה אהוד

י"ח בתמוז התשס"ד (7 ביולי 2004)

(חמ 3-140)

אריאל שרון

ראש הממשלה

## מינוי שופטת ראשית

לפי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

בתוקף סמכותי לפי סעיף 6 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובהסכמת שר המשפטים ושר התעשייה המסחר והתעסוקה, אני ממנה בזה את עליה פוגל, ת"ז 000884445, סגנית שופט ראשי של בית דין אזורי לעבודה, לשופטת ראשית בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, מיום כ"ב בתמוז התשס"ד (11 ביולי 2004) עד יום ג' בתמוז התשס"ה (10 ביולי 2005).

י"ז בתמוז התשס"ד (6 ביולי 2004)

(חמ 3-1563)

סטפן אדלר

נשיא בית הדין הארצי לעבודה

1 סי"ח התשכ"ט, עמ' 70.

## מינוי סגנית שופט ראשי

לפי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

בתוקף סמכותי לפי סעיף 6 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובהסכמת שר המשפטים ושר התעשייה המסחר והתעסוקה, אני ממנה בזה את אורלי סלע, ת"ז 054216288, שופטת בית דין אזורי לעבודה, לסגנית שופט ראשי של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, מיום כ"ב בתמוז התשס"ד (11 ביולי 2004).

י"ז בתמוז התשס"ד (6 ביולי 2004)

(חמ 3-1563)

סטפן אדלר

נשיא בית הדין הארצי לעבודה

1 סי"ח התשכ"ט, עמ' 70.

## מינוי סגנית שופט ראשי

לפי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

בתוקף סמכותי לפי סעיף 6 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובהסכמת שר המשפטים ושר התעשייה המסחר והתעסוקה, אני ממנה בזה את חגית שגיא, ת"ז 050598309, שופטת בית דין אזורי לעבודה, לסגנית שופט ראשי של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, מיום כ"ב בתמוז התשס"ד (11 ביולי 2004).

י"ז בתמוז התשס"ד (6 ביולי 2004)

(חמ 3-1563)

סטפן אדלר

נשיא בית הדין הארצי לעבודה

1 סי"ח התשכ"ט, עמ' 70.

ילקוט הפרסומים 5315, א' באב התשס"ד, 19.7.2004

תיקון מינוי רשויות המרור מקומיות

לפי תקנות התעבורה, התשכ"א-1961

בתוקף סמכותי לפי תקנה 1 לתקנות התעבורה, התשכ"א-1961, אני ממנה רשות המרור מקומית כמפורט להלן:

אחרי פרט (9) במינוי רשויות המרור מקומיות, יבוא:

"(9א) אדו קואו, ת"ז 55714240, לתחום השיפוט של עיריית פתח תקוה";

"א בתמוז התשס"ד (30 ביוני 2004)

(חמ 3-766)

אלכס לנגר

המפקח על התעבורה

1 ק"ת התשכ"א, עמ' 1425.

2 י"פ התשס"ב, עמ' 3737.

7 הודעה על רישום בקשה לאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן - החוק), אני מודיע כי נרשמה בקשה לאישור הסדר כובל כדלקמן:

הצדדים להסדר:

אקים בע"מ - אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומור"לים למוסיקה בישראל

היוצרים (אשר שמם ננקב ברשימה נספח בו לבקשה)

התאגידים הזרים לניהול זכויות יוצרים (אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב2 לבקשה)

הנכס או השירות נושא ההסדר:

זכויות יוצרים

מהות הכבילה כמתואר בבקשה:

זכויות יוצרים לענין המחיר שיידרש, חלוקת השוק וכמות המוצרים בשוק.

בהתאם לסעיף 8(ב) לחוק, אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכני רשאים להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים התנגדות מנומקת בכתב להסדר, בתוך שלושים ימים מיום פרסום הודעה זו ברשומות.

ההסדר האמור פתוח לעיון הציבור בתיק הע-5711 במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רח' כנפי נשרים 22, קומה ג', ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

ט"ז בתמוז התשס"ד (5 ביולי 2004)

(חמ 3-680)

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

1 ס"ח התשמ"ה, עמ' 128.

שם מס' זהות

קבלו אברהם 054528005

שמידט ישראל 054561774

תעסה אהוד 056433758

י"ח בתמוז התשס"ד (7 ביולי 2004)

(חמ 3-140)

אריאל שרון

ראש הממשלה

מינוי שופטת ראשית

לפי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

בתוקף סמכותי לפי סעיף 6 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובהסכמת שר המשפטים ושר התעשייה המסחר והתעסוקה, אני ממנה בזה את עליה פוגל, ת"ז 000884445, סגנית שופט ראשי של בית דין אזורי לעבודה, לשופטת ראשית בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, מיום כ"ב בתמוז התשס"ד (11 ביולי 2004) עד יום ג' בתמוז התשס"ה (10 ביולי 2005).

י"ז בתמוז התשס"ד (6 ביולי 2004)

(חמ 3-1563)

סטפן אדלר

נשיא בית הדין הארצי לעבודה

1 ס"ח התשכ"ט, עמ' 70.

מינוי סגנית שופט ראשי

לפי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

בתוקף סמכותי לפי סעיף 6 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובהסכמת שר המשפטים ושר התעשייה המסחר והתעסוקה, אני ממנה בזה את אורלי סלע, ת"ז 054216288, שופטת בית דין אזורי לעבודה, לסגנית שופט ראשי של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, מיום כ"ב בתמוז התשס"ד (11 ביולי 2004).

י"ז בתמוז התשס"ד (6 ביולי 2004)

(חמ 3-1563)

סטפן אדלר

נשיא בית הדין הארצי לעבודה

1 ס"ח התשכ"ט, עמ' 70.

מינוי סגנית שופט ראשי

לפי חוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969

בתוקף סמכותי לפי סעיף 6 לחוק בית הדין לעבודה, התשכ"ט-1969, ובהסכמת שר המשפטים ושר התעשייה המסחר והתעסוקה, אני ממנה בזה את חגית שגיא, ת"ז 050598309, שופטת בית דין אזורי לעבודה, לסגנית שופט ראשי של בית הדין האזורי לעבודה בתל אביב, מיום כ"ב בתמוז התשס"ד (11 ביולי 2004).

י"ז בתמוז התשס"ד (6 ביולי 2004)

(חמ 3-1563)

סטפן אדלר

נשיא בית הדין הארצי לעבודה

1 ס"ח התשכ"ט, עמ' 70.

ילקוט הפרסומים 5515, א' באב התשס"ד, 19.7.2004

המכירה כפופה לאישור מנהל אגף המכס ומע"מ.

כונס נכסים

טל: 03-6128484 פקס: 03-6128585



**הודעה על רישום בקשה**

**לפני חוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988**

### הצדדים להסדר:

הנכס או השירות נושא ההסדר:

זכויות יוצרים

מהות הכבילה כמתואר בבקשה:

ההסדר האמור פתוח לעיון הציבור בתיק הע-5711 במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב כנפי נשרים 22, קומה ג', ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

**דרור שטרם**  
הממונה על הגבלים עסקיים

5 ביולי 2004

6111 : 91341 0501  
ierusalem@antitrust.gov.il

יגוים

2004 ל'ב, כ"ז | תשס"ד | תמוז | תל אביב





## רשות ההגבלים העסקיים

### הודעה על רישום בקשה לאישור הסדר כובל

לפי חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988

בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), אני מודיע כי נרשמה בקשה לאישור הסדר כובל כדלקמן:

#### הצדדים להסדר:

אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל

היוצרים ( אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב'1 לבקשה)

התאגידים הזרים לניהול זכויות יוצרים (אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב'2 לבקשה)

#### הנכס או השירות נושא ההסדר:

זכויות יוצרים

#### מהות הכבילה כמתואר בבקשה:

זכויות יוצרים לעניין המחיר שיידרש, חלוקת השוק וכמות המוצרים בשוק

בהתאם לסעיף 8(ב) לחוק אדם העלול להיפגע מההסדר הכובל, איגוד עסקי וכן ארגון צרכני רשאים להגיש לבית הדין להגבלים עסקיים התנגדות מנומקת בכתב להסדר, בתוך שלושים ימים מיום פרסום ההודעה זו ברשומות.

ההסדר האמור פתוח לעיון הציבור בתיק הע - 5711 במשרד רשות ההגבלים העסקיים, רחוב כנפי נשרים 22, קומה ג', ירושלים, בשעות העבודה הרגילות.

  
דור שור  
הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, 4/6 בתמוז תשס"ד

5 ביולי 2004



רשות ההגבלים העסקיים

6.7.04, ירושלים

הע - 570

לכבוד

גבי עליזה רוזן

הממונה על חקיקת משנה

משרד המשפטים

רחוב צאלאח א דין

ירושלים

הנדון: הודעה על רישום בקשה לאישור הסדר כובל

מצ"ב הודעה החתומה על ידי הממונה על הגבלים עסקיים, לגבי רישום בקשה לאישור הסדר כובל ופרסומו ברשומות בהתאם לסעיף 7(ב) לחוק ההגבלים העסקיים התשמ"ח-1988.

אנא אשרו והעבירו לפרסום בהתאם.

בברכה,

צפורה נחמו, עו"ד

רשמת הגבלים עסקיים

העתק: מזכירות ביה"ד להגבלים עסקיים לתיק מספר \_\_\_\_\_  
לוטה: העתק הפירסום ברשומות, בשני עיתונים יומיים ובעיתון בשפה הערבית

רח' כנפי נשרים 22 ת.ד. 34281, ירושלים 91341      טלפון: 6556111-02      פקס: 6515330-02

## תוכן

1	בקשה לאישור הסדר כובל
9	פתח דבר
13	אקו"ם
23	השוק הרלוונטי
	העדר שוק מבלעדי אקו"ם
42	I. אין ממשק בין ציבור המשתמשים לציבור היוצרים
50	II. ליוצר הבודד אין אפשרות כלכלית למכור זכויות ביצירה
64	III. ליוצר הבודד אין זכות חוקית להתיר שימוש ביצירה
71	IV. היצירה הבודדת אינה 'מוצר' כלל
76	VI. אי-היתכנות הליכי אכיפה פרטיים
87	סיכום ביניים
88	אקו"ם – מונופול טבעי
90	מצד ההיצע
107	מצד הביקוש
117	סוף דבר

**אקרים בע"מ - אגודת קומפוזיטורים,**

**מחברים ומר"לים למוסיקה בישראל**

ע"י עוה"ד ארנן גבריאלי ואח' וע"י עוה"ד  
צבי אגמון ואח', אשר כתובתם למסירת  
כתבי בי-דין לצורך הליך זה היא ברח' קרן  
היסוד 36, ירושלים 92149 טלפון מס': 02-  
5633205; פקסימיליה מס' : 02-5639948;  
דוא"ל: agmon@agmon-law.co.il.

המבקשת

נ ג ד

**הממונה על ההגבלים העסקיים**

ע"י ב"כ מרשות ההגבלים העסקיים, רח'  
כנפי נשרים 22, ירושלים 91341. טלפון  
מס': 02-6556104, פקסימיליה מס': 02-  
6515329.

המשיב

**בקשה (חלופית) לאישור הסדר כובל**

## **בקשה (חלופית) לאישור הסדר כובל**

המבקשת, אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (להלן – אקו"ם), מתכבדת להגיש לבית הדין הנכבד בקשה לאישור הסדר כובל, וזאת בהמשך לקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – הממונה) שניתנה בעניינה ביום 30.3.04.

קביעת הממונה תצורף לכתב ערר זה כנספח א'.

**בקשה זו הינה בקשה חלופית, ומוגשת מטעמי זהירות בלבד. אקו"ם מצידה סבורה כי אין פעילותה כרוכה בעשיית הסדר כובל כלשהו, וטעמיה לכך יימצאו בהודעת הערר המוגשת בד בבד עם בקשה זו.**

עם-זאת, ועל מנת שלא להימצא חוטאת שלא מדעת, תבקש אקו"ם, לחילופין בלבד, כי בה במידה שיקבע כי פעילותה כרוכה בהסדרים כובלים כלשהם – יאושרו הסדרים אלה בידי בית הדין הנכבד.

ההדגשות במובאות – אינן במקור.

### **בקשה לאישור הסדר כובל**

1. **הצד להסדר הכובל המבקש החלטה:** אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל, אשר מענה אצל עו"ד צבי אגמון, קרן היסוד 36, ירושלים.
2. **שמות הצדדים להסדר:** אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל; היוצרים אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב'1 לכאן; והתאגידים הזרים לניהול זכויות יוצרים אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב'2 לכאן.
3. **צורת ההסדר:** בכתב.



4. **תיאור המסמכים הקובעים את ההסדר והנוגעים לו:** כתבי העברה עליהם חותמים חברי אקו"ם בנוסח המצורף **כנספח ג'1**; תקנון אקו"ם – **נספח ג'2**; המפתח לחלוקת תמלוגים – **נספח ג'3**. הסכמי ניהול הדדיים בלעדיים שחתמה אקו"ם עם תאגידים זרים לניהול זכויות יוצרים דוגמת ההסכם המצורף **כנספח ג'4**.
5. **הנכס נשוא ההסדר:** זכויות יוצרים.
6. **מהות הכבילה:** כבילה הנוגעת למחיר שיידרש, כבילה הנוגעת לחלוקת השוק, כבילה הנוגעת לכמות המוצרים בשוק.<sup>3</sup>
7. **תקופת ההסדר הכובל:** ללא הגבלה.
8. **עיקרי הטעמים המצדיקים את אישור ההסדר הכובל בידי בית-הדין:** כמפורט להלן בגוף הבקשה.

### **פתח דבר**

9. פועלה של אקו"ם בניהול זכויות היוצרים של חבריה: מחברים, מלחינים, מעבדים, מוציאים לאור ואחרים.
10. ביום 30.3.04 הוציא הממונה קביעה לפי סעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988 (להלן – **החוק**), ולפיה כרוכה פעילותה של אקו"ם בשני הסדרים כובלים: האחד – הסדר כובל בין היוצרים, חברי-אקו"ם; והאחר – הסדר כובל בין אקו"ם לבין אחיותיה שמעבר ים.
11. בבקשה זו נניח (מבלי להסכים ולצורכי הדיון בלבד) כי אכן מתקיימים בפעילותה של אקו"ם אותם הסדרים כובלים שזיהה הממונה בקביעתו.

---

<sup>1</sup> מסמכים אלה נזכרו בעמ' 10 לקביעת הממונה כאלה שבבסיס "ההסדר הכובל" שבין היוצרים הישראליים.

<sup>2</sup> מסמכים אלה נזכרו בעמ' 12 לקביעת הממונה כאלה שבבסיס "ההסדר הכובל" שבין אקו"ם לבין האגודות-האחיות.

<sup>3</sup> הכל, לצורכי הדיון, כאמור בעמ' 20-13 לקביעה.

12. אלא שגם בהינתן זאת סבורה אקו"ם שיש לאשר את ההסדרים נשוא קביעת הממונה שכן המדובר בהסדרים הכרחיים לצורכי פעילות; ובפעילותה של אקו"ם יש להיטיב באופן ממשי עם הציבור.

## חו לשון הבקשה

### **אקו"ם**

13. הקמתה של אקו"ם בשנת 1936, לפני 68 שנים.
14. כבמתקנות שבמדינות העולם, גם בישראל (ועוד קודם שקמה מדינת-ישראל) חברו יחדיו בעלי זכויות יוצרים והקימו תאגיד שינהל עבורם את זכויות היוצרים המוקנות להם לפי חוק.
15. מאז הוקמה הקפידה אקו"ם למלא את יעודה: לנהל את זכויות היוצרים שהוקנו בחוק לחברה, וזאת על דרך מתן הרשאה לעשיית שימוש במוסיקה וגביית תמלוגים בעבור הרשאה זו, ועל דרך פעולות לאכיפת הזכויות במקרים של הפרתן.
16. על מנת להבין את דרכי העבודה של אקו"ם מן הראוי להביא את סוגי ההתקשרויות העיקריות שאקו"ם צד להן, ואלו הן: התקשרויות עם יוצרים ומו"לים למוסיקה (להלן – מו"לים), התקשרויות עם משתמשים והתקשרויות עם אגודות-אחיות.
17. **התקשרות עם יוצרים ומו"לים.** אקו"ם קשורה עם חברה, היוצרים והמו"לים, למעלה מ-4,800 במספר, בסדרת הסכמים אשר במסגרתם מעבירים החברים לאקו"ם את זכויות היוצרים הקיימות להם ביצירות השונות פרי עטם<sup>4</sup>. בתמורה לכך מעבירה אקו"ם לחברים תמלוגים המחולקים להם מהכנסותיה. במסגרת התקשרויותיה אלה, וכפי שציין גם הממונה בקביעתו<sup>5</sup>, מאפשרת אקו"ם לכל אחד מחברה שלא להעביר לרשותה מלכתחילה (או למשך ממנה בהמשך) זכויות מסוימות מבין אלו שמקנה לו החוק, ביחס לכל יצירותיו או חלקן, וביחס לכל

---

<sup>4</sup> במקרה של מו"לים: זכויות שהומחו אליהם ע"י היוצרים. יוער כי לא כל זכויות היוצר מועברות לאקו"ם. כך, לדוגמה, הזכות המוסרית, הקבועה בסעיף 4א לפקודת זכות יוצרים אינה עוברת, ועל-פי דין אינה יכולה לעבור, לאקו"ם.

<sup>5</sup> ראו: סימן 3.4 לקביעת הממונה.

המשתמשים או חלקם.

18. **התקשרות עם אגודות-אחיות.** עוד קשורה אקו"ם בהסכמי ייצוג הדדיים עם תאגידים זרים לניהול זכויות יוצרים (לעיל ולהלן: **אגודות-אחיות**). במסגרת הסכמים אלה מעבירות האגודות-האחיות לאקו"ם את הניהול בישראל של אותן יצירות שברפרטואר של כל אחת מהן; ואקו"ם מצידה מעבירה אליהן, כל אחת ביחס למדינתה, את ניהול זכויות היוצרים ברפרטואר היצירות של אקו"ם<sup>6</sup>. ניהול הדדי זה של זכויות הוא שמעניק לאקו"ם את האפשרות להרשות למשתמשים (להלן) שימוש ביצירות מן הרפרטואר של האגודות-האחיות, כאשר בד-בבד עם כך מעבירה אקו"ם לאגודות-האחיות את חלקן היחסי בדמי-הרישיון שהיא גובה מן המשתמשים (והן מצידן מעבירות לאקו"ם את חלקה בדמי-הרישיון שהן גובות מן המשתמשים במדינותיהן השונות עבור שימוש ברפרטואר של אקו"ם).

19. **התקשרות עם משתמשים.** מן העבר האחר קשורה אקו"ם בהסכמים עם משתמשים רבים – תחנות רדיו וטלוויזיה, מסעדות, מועדונים, פאבים, קניונים, בתי-מלון, ואחרים – ומכוח הזכויות שהועברו לה ביצירות השונות, היא מתירה להם, במסגרת רישיון הניתן להם, לעשות שימוש מוגדר ברפרטואר היצירות שברשותה. בתמורה משלמים המשתמשים דמי-רישיון לאקו"ם. יוטעם, כי נתח נכבד מן הרישיונות שמעניקה אקו"ם הם רישיונות גורפים (blanket licenses) – כאלה המאפשרים למשתמש לעשות שימוש כרצונו ברפרטואר היצירות השלם שמנוהל ע"י אקו"ם, בלא שתוטל על אותו משתמש מגבלה לעניין מבחר היצירות שהוא רשאי להשתמש בהן.

20. מערך הסכמי זה הוא שמאפשר לאקו"ם לקיים את פעילותה, ובעיקר את שתיים אלה:

21. **מתן הרשאות וחלוקת תמלוגים.** פועלה העיקרי של אקו"ם, זה שלמענו הוקמה, מצוי ביכולתה לנהל את זכויות היוצרים: יכולתה להרשות עשיית שימוש ביצירות המוסיקליות שבניהולה, ישראליות וזרות, ולגבות מן המשתמש דמי-רישיון בעבור רשות זו הניתנת לו. את דמי השימוש שהיא גובה מחלקת אקו"ם (לאחר ניכוי הוצאות תפעול) כתמלוגים לחבריה ולאגודות-האחיות,

---

<sup>6</sup> במקרים מסוימים קשורה אקו"ם בהסכמים שאינם הדדיים. כך, למשל, לגבי תאגיד הניהול האמריקאי BMI: אקו"ם קשורה עם BMI בהסכם לפיו היא מנהלת בישראל את היצירות המצויות ברפרטואר של BMI. אך BMI לא הוסמכה לייצג את אקו"ם בארה"ב (ייצוגה של אקו"ם בארה"ב נעשה באמצעות תאגיד הניהול האחר שם – ASCAP).



וזאת לפי חלקם ברפרטואר בו נעשה שימוש.

(א) הרישיונות העיקריים שמעניקה אקו"ם הם רישיון ההשמעה הפומבית<sup>7</sup> ורישיון השידור<sup>8</sup>, כשלצידם ניתן למנות עוד סוגים נוספים של רישיונות: רישיון הקלטה, רישיון העתקה, רישיון הסרטה ואחרים.

(ב) אשר לקביעת גובה דמי-הרישיון: זוהי משימה קשה ומורכבת, שאין לך בנמצא מקור לגזור ממנו מה ייחשב להיות 'תמלוג ראוי'. זכויות היוצרים – ועל כך נעמוד בהמשך הדברים<sup>9</sup> – הינן 'מוצר ציבורי', כזה שאינו ניתן לתמחור על-פי כללי ההיצע-והביקוש הרגילים, ובצדק ציין הממונה<sup>10</sup>:

"ברור אפוא, כי בשונה משווקים תחרותיים 'רגילים', שיטת התמחור הנוהגת בכגון דא אינה נגזרת, ככלל, מעלויות הייצור אלא מטובת ההנאה שמפיק המשתמש."

(ג) עם זאת, קיימות פרקטיקות מקובלות אשר התפתחו משך השנים על-בסיס הסכמות רבות – בארץ ובעולם – שהגיעו אליהן המשתמשים מזה ובעלי זכויות היוצרים מזה, ואשר בהתבסס עליהן עוצבו מספר קריטריונים המסייעים בקביעת גובה דמי-הרישיון. פרמטר מרכזי בקביעת גובה דמי-הרישיון הוא תרומת המוסיקה, כתשומה, לפעילות עסקו של המשתמש, כך שככל שקיימת למוסיקה חשיבות רבה יותר בניהול העסק, שם ייקבעו דמי-רישיון גבוהים יותר, ולהיפך<sup>11</sup>. כך, אין דין השמעת שיר במועדון ריקודים כדין השמעת אותו שיר בפאב או באוטובוס. פרמטר נוסף מתבסס על דרכי פעולתן של אגודות דומות

---

<sup>7</sup> המאפשר השמעת מוסיקה מרפרטואר אקו"ם בכל דרך: הופעות אמנים, די.ג'יי, קריוקי, השמעה מרדיו, דיסקים, קלטות, מחשב, טלוויזיה או כל אמצעי השמעה אחר.

<sup>8</sup> המאפשר לעשות כל אחת מאלה: (1) לשדר יצירות מרפרטואר אקו"ם באמצעות טלוויזיה, רדיו, כבלים או לוויין, (2) להקליט את הרפרטואר לצורך השידור, (3) להקליט את הרפרטואר לצורך שילובו בתוכניות הגוף המשדר.

<sup>9</sup> ראו בסעיף 39 להלן.

<sup>10</sup> עמ' 8 לקביעה.

<sup>11</sup> ככלל מחולקים בתי-העסק ל-3 קבוצות: כאלה שהמוסיקה חינונית לפעילותם, כאלה שהמוסיקה חשובה לפעילותם, וכאלה שהמוסיקה משנית לפעילותם.



בארצות תבל, מהן ניתן ללמוד על סוגי המודלים השונים<sup>12</sup> ועל טווחי המחירים הנוהגים לכל סוג שימוש. ולבסוף – בקביעת דמי-הרישיון נלקחות בחשבון עלויות נוספות הקיימות במגזר הנבדק, כך שלא תתקבל תוצאה 'בלתי הגיונית' של עלות השימוש ביצירות מוסיקליות למול עלויות אחרות של המשתמש.

(ד) אשר לחלוקת התמלוגים – אף זו משימה מורכבת העומדת בפני עצמה, והתייחסות לחלק מן המורכבויות שבה תמצא בסעיפים 91-96 להלן.

22. **נקיטה במהלכי אכיפה.** אקו"ם, כמי שאמונה על שמירת זכויות היוצרים של חברה, פועלת לנטר את השימוש בזכויות היוצרים ולאחר מפירים של זכויות אלה, לשכנעם לעשות שימוש חוקי ביצירות מוסיקליות (קרי: לקבל אישור לשימוש שהם עושים, ולשלם דמי-רישיון תמורתו), ובמקרי הצורך – נוקטת בצעדי אכיפה כנגד אותם מפירים בערכאות המשפט. יודגש, כי למרות מהלכי האכיפה שנוקטת אקו"ם כלפי מפירים של זכויות יוצרים, עדיין עולה מספרם של אלה העושים שימוש ביצירות מוסיקליות ללא רשות על מספרם של אלה הנהנים מן היצירות המוסיקליות ברשות וכדין.

## השוק הרלוונטי

23. השוק המרכזי בו עוסקת אקו"ם הוא שוק ההשמעה הפומבית כדין של יצירות מוסיקליות<sup>13</sup>.
24. "כדין" הדגשנו, משום ששוק שאינו כדין – לאו שוק הוא לדיני ההגבלים העסקיים.
25. שוק זה של השמעה פומבית כדין מאופיין במספר תכונות ייחודיות שלהן השפעה מכרעת על תפקודו ומבנהו (הקיים והאפשרי).
26. תכונה ראשונה ומרכזית של שוק זה עניינה בציבור המשתמשים ובביקוש המשתנה שהוא

---

<sup>12</sup> כך, למשל: האם יש לחשב את דמי-הרישיון על-פי שטחה של מסעדה? או אולי על-פי כמות הכסאות שלה? האם צריכים דמי הרישיון להיות מחושבים כאחוז מהכנסות העסק או כתשלום קבוע? האם רשות מקומית תשלם לפי מספר התושבים שבשטחה, או לפי מספר האירועים שהיא עורכת? – ואין הדברים אלא דוגמה בלבד.

<sup>13</sup> ובכלל זאת אנו מתייחסים אף לשידור פומבי של יצירות מוסיקליות.

מאופיין בו.

27. משתמש המבקש להשמיע בפומבי יצירות מוסיקליות חפץ לעשות כן בלא להגביל את עשייתו לתחומי זמן או מגוון.
28. רצונם של העושים שימוש ביצירות מוסיקליות – לעשות כן בכל עת שימצאו לנכון, "מעכשיו לעכשיו", בלא שיצטרכו להקדים לכך, כל פעם, משא-ומתן או היערכויות מיוחדות.
29. זהו שימוש שאינו מוגדר מראש בזכותו של מאן דהוא: הוא אינו מוגדר מראש מבחינת מועד והוא אינו מוגבל מראש מבחינת הזיהוי הספציפי של היצירה אותה מעוניין המשתמש להשמיע. המדובר ברצון אקראי, בלתי-ודאי, של המשתמש, כזה הלוּבש צורה ופושט צורה חליפות, לעשות שימוש ביצירה כלשהי (שאת זהותה הוא אינו יודע ברגע ההתקשרות) במועד כלשהו (שגם אותו אין הוא יודע בעת ההתקשרות). ולמעשה – לעשות שימוש ביצירות רבות במועדים רבים, שאת זהותם וזמנם אין המשתמש יודע לומר מראש.
30. זאת ועוד: ציבור המשתמשים מעוניין, כבר בעת ההתקשרות, לעשות שימוש ביצירות **עתידיות**, שאת זהותן וזהות יוצריהן אין הם יודעים ואין הם יכולים לדעת.
31. ההשמעה הפומבית מאופיינת, אפוא, בצורך **משתנה** ליטול יצירה מסוימת ולהשמיעה ברבים.
32. תכונה שנייה שבבסיס שוק ההשמעה הפומבית – וכאן חשיבות מרכזית לאותו תנאי "כדין" שמנינו – עניינה **בנגישות ההפרה**, באפשרות הקלה מני-קלה לרוקן את זכות-היוצרים מתוכן, ולעשות שימוש בלתי-חוקי בקניינם של היוצרים.
33. אמת, זכות היוצרים הינה "הזכות הבלעדית ... להציג ... את היצירה ... ולהרשות [את הצגתה]"<sup>14</sup>. אמת, המפר את זכות היוצרים עלול לחוב על כך הן במסגרת המשפט האזרחי והן בפלילים. אך גם זו אמת: שהמעוניין בכך, ולמרבה הצער יש רבים המעוניינים בכך – כל שהוא צריך לו

---

<sup>14</sup> סעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911.

הוא להושיט היד ולקטוף את פירות יצירתו של אחר.

34. בשונה מקניין גשמי, שום מחסום ושום מכשול אינו עומד בפני זה המבקש לעשות שימוש בזכות היוצרים שהוקנתה על-פי חוק לאחרים. אין אותו מפר צריך להרחיק נדוד. ואין הוא צריך להשתמש בכוח הזרוע. ולמעשה – ככל שצר הדבר – גם אין הוא צריך לנהל מהלכיו במחשכים. כל שהוא צריך לו הוא להניח את התקליטור בנגן התקליטורים שבחנותו או להדליק את מקלט הרדיו שבעסקו, או לעשות מיני פעולות קטנטנות מעין אלה, ובכך ימצא נהנה מיצירתם של אחרים. הנאה שאין הוא משלם בעבורה מאומה.

35. וכפי שציין בית-דין נכבד זה, בה"ע 3574/00, 3666 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח' (להלן – פרשת הפדרציה לתקליטים) (סימן 54 לפסק הדין):

"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."

36. על רקע כל אלה אל ייפלא כי בתי המשפט בארץ השתמשו בלשון מרחיקת-לכת (אך מדויקת, אין ספק) בבואם לאפיין את זכות היוצרים.

בע"א (ת"א) 779/77 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' חברת אהרון ברמן, אמרגן בע"מ פ"מ תש"ס(1) 441, 460 אומר כב' השופט בייסקי:

"אין זה סוד כי קשה כמעט להצביע על עוד שטח שהינו כה פרוץ להפרות כמו זה של זכויות יוצרים. לרוב מפרסם היוצר פרי יצירתו



סמוך להשלמתה, משום שאחת המטרות שלו היא גם הפרסום. ואז בא כל דיכפין ונוטל מלוא חפניים מיצירת הזולת ועושה בה שימוש לצרכיו כאוות נפשו, לא רק בלי לשלם תמורה כלשהי אלא אף בלי לשאול רשות."

וכב' השופטת בן-עתו מוסיפה משלה (בעמ' 457 לפסק-הדין):

"... אני מציעה כי בנושא זה של הגנה על זכויות יוצרים ננהג כמו המתקנות והמתקדמות שבמדינות. הרי אנו ערים מאד להגנה על כבוד הפרט, בדרך כלל, ונטייתי היא לסייע ככל האפשר ליוצרים למיניהם להתגונן מפני גזל של זכויותיהם בשדה שהוא כה פרוץ ושכה קשה לפקח עליו."

צוטט בהסכמה ברע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני פ"ד מח(1) 251.

37. על-דברים אלה, שמלפני למעלה מ-20 שנה, העירה כב' השופטת חיות רק לאחרונה, בת.א. (ת"א) 1975/99 הפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית נ' אולמי נפטון בת-ים בע"מ ואח' תק-מח 2002(2), 2180:

"לצערי, מאז נכתב פסק דין זה [בע"א 777/79 הנ"ל – הח"מ] לא חל שינוי דרמטי לטובה מבחינת רמת החשיפה של זכויות יוצרים להפרות, ועל כן, יפים גם היום דבריהם של שופטי הרוב בפסק הדין הנ"ל, באשר לדרך הפירוש הראויה של הוראות החוק, המיועדת להגן על זכויות אלה וזאת, על מנת לשרת, באופן יעיל ככל האפשר, את התכלית החקיקתית המונחת ביסוד אותן הוראות קרי - מתן הגנה אפקטיבית לבעלי זכויות היוצרים מפני הפרתן."

38. עלויות הניטור והאכיפה של השימוש בזכות היוצרים הינן כה גבוהות עד שהן מהוות מחסום בלתי-עביר בפני היוצר הבודד הבא לנהל בכוחות עצמו את קניינו שברוח.

39. נגישות-ההפרה הזו היא המקנה לזכויות היוצרים המנוהלות על-ידי אק"ם את אופיין כמוצר ציבורי. כזה שאינו חסר עם השימוש בו, ושאין ניתן למנוע את עשיית השימוש כאמור:

"A public good is a good that benefits all consumers, even though individuals may not pay for the costs of production. A



public good has two features: (1) the consumption of the good by one person does not reduce the quantity that can be consumed by others, and (2) a consumer cannot be excluded from the good."

D. Besanko & R. R. Braeutigam **Microeconomics – An Integrated Approach**

יצורף כאסמכתא 1 – p. 727 (New-York, 2002)

40. נוכח שני מאפיינים אלה – הצורך המשתנה לעשות שימוש ביצירות מוסיקליות מזה ונגישות ההפרה מזה – ראוי שתבחן השאלה: האמנם יכול להתקיים שוק לעשיית שימוש (כדין) ביצירות מוסיקליות מבלעדי אק"ם?

41. תשובתנו לכך ב"לא" רבתי, ועתה נפרוש טעמנו לכך.

### **העדר שוק מבלעדי אק"ם**

#### I. אין ממשק בין ציבור המשתמשים לציבור היוצרים

42. תנאי לקיומה של השמעה פומבית כדין הוא קיומה של התקשרות בין המשתמש המבקש לעשות שימוש ביצירה לבין בעלי זכויות היוצרים בה.

43. לצורך כך צריך שיתקיים ממשק, נקודת חיבור, בין ציבור היוצרים לציבור המשתמשים, ובלשון כלכלית: צריך שיתקיים שוק של מוכרים וקונים שבו תיערכנה ההתקשרויות העסקיות.

44. אף הממונה מכיר בדרישה זו, ובלשונו:

"נקודת המוצא להחלטתי זו היא, כי הגנתה של זכות היוצרים מחייבת אכיפת החובה לקבל הסכמת היוצר לשימוש ביצירתו" (עמ'

2 לקביעה)<sup>15</sup>.

45. אלא ששוק כזה למסחר בזכויות יוצרים אינו בנמצא.
46. ציבור היוצרים, כמוהו כציבור המשתמשים, הוא ציבור מפוזר, הטרוגני ומגוון. פיזור זה גם אינו תחום בגבולות גיאוגרפיים כלשהם, שכן הביקוש להשמעת יצירות מוסיקליות מכוון, על-פי רוב, ליצירות ישראליות וזרות כאחת.
47. על-כן, בתחילה, כעניין פיזי, בעולם, אין בנמצא שוק למסחר בזכויות יוצרים.
48. לא בכדי ציין בית-המשפט האמריקאי העליון בפרשת BMI (יצורף כאסמכתא 2, בעמ' 10 לפסק-הדין):

"We have never examined a practice like this one before; indeed, the Court of Appeals recognized that "[in] dealing with performing rights in the music industry we confront conditions both in copyright law and in antitrust law which are *sui generis*."

49. כל אלטרנטיבה אחרת, לרבות כזו הכרוכה באיתור פרטני של יוצרים, סופה שתכשל מטעמים של עלויות עסקה או מטעמים אחרים אותם נבוא לפרט עתה.

## II. ליוצר הבודד אין אפשרות כלכלית למכור זכויות ביצירה

50. "עלויות העסקה" או "עלויות ההתקשרות" הן אותן עלויות כלכליות הכרוכות ביצירת התקשרות ישירה בין יוצר לבין אדם המעוניין לעשות שימוש ביצירתו.
51. עלויות אלה כוללות רכיבים רבים, וביניהם: עלויות חיפוש ואיתור הצד-שכנגד (משתמש

---

<sup>15</sup> מקור דרישה זו בהוראת סעיף 2(1) לחוק זכות יוצרים 1911, שם מוגדרת זכות היוצרים כ-"זכות הבלעדית ... להציג ... את היצירה ... ולהרשות את עשייתם של המעשים דלעיל".

"הצגה" מוגדרת על-דרך הריבוי כך: "כל הצגה של יצירה על דרך השמעה..." (סעיף 35(1) לחוק).

המעוניין לעשות שימוש ביצירה יצטרך לאתר את יוצר היצירה, ויוצר המעוניין "למכור" את השימוש ביצירתו יצטרך לחפש משתמש המעוניין לעשות בה שימוש; **עלויות ניהול משא-ומתן פרטני** (על עלויות הזמן הכרוכות בכך); **עריכת הסכם פרטני בין היוצר והמשתמש** (לרבות, במידת הצורך, שכירת שירותיהם של יועצים משפטיים); **ועלויות ביצוע התשלום**. במידה וההתקשרות אינה לעשיית שימוש בכלל זכויותיו של היוצר תצטרפנה לאלה גם **עלויות אכיפה** (כפי שעוד יפורט להלן).

52. הסכום שמשלם המשתמש ליוצר חייב שיכסה את כל עלויות העסקה הכרוכות בכך. אם יסכים המשתמש לשלם ליוצר, לשם הדוגמה, 10 ש"ח עבור זכות השימוש ביצירה, וזאת בשעה שעלויות העסקה הן, לצורך אותה דוגמה, 1000 ש"ח – לא תהיה ליוצר כל תועלת כלכלית בקיום ההתקשרות, אלא להיפך מכך: ההתקשרות תסב לו **הפסד** בסך 990 ש"ח. ברור הדבר, כי בנסיבות כאלה לא תתאפשר עריכת עסקה.

53. יוער, כי מבחינה כלכלית אין חשיבות רבה לשאלה מי הוא הנושא בעלויות העסקה: היוצר או המשתמש. אם היוצר נושא בהן הרי הן חסרון כיס ישיר הנגרם לו, ואותו יש לקזז אל מול ההכנסה שתצמח לו מן ההתקשרות. אם המשתמש הוא הנושא בעלויות העסקה הרי ידאג הוא עצמו להפחית מן הסכום שהוא מוכן לשלם, ואם תהיה התוצאה סכום "שלילי" – ימנע מלנסות ולהתקשר בעסקה מלכתחילה<sup>16</sup>.

54. ואמנם, בפועל גבוהות עלויות העסקה מכל סכום שאותו מסכים המשתמש לשלם, והן מצמיתות כל רווח שיכול היה היוצר להפיק מזכויותיו<sup>17</sup>.

55. בכך נמנעת יכולת הפעולה של כל יוצר בודד בשוק.

56. במקרה דומה, בו נדון עניינה של הפדרציה לתקליטים (המאגדת גופים גדולים וחזקים בהרבה

---

<sup>16</sup> הדברים אמורים בהנחת לינאריות ובהתבסס על הוצאות משתנות.

<sup>17</sup> למען הדיוק יש להוסיף לתיאור זה נתון נוסף, והוא קיומו של רווח אלטרנטיבי: אפילו באותם מקרים מעטים שבהם עלויות העסקה נמוכות מן הסכום שאותו מוכן המשתמש לשלם, ייתכן ולא תהיה כדאיות כלכלית ליוצר לעשות כן, אם הוא יכול לנצל את משאביו (זמן וממון) להשגת רווח גבוה יותר. כך, אם לאחר ביצוע עסקה ייותר בידי היוצר סכום בגובה 1 ש"ח (=הסכום שישולם לו בניכוי עלויות העסקה שנשא בהן), עדיין יתכן ויבחר שלא לבצע התקשרות זו אם באותו זמן הוא יכול היה, חלף השגת ההתקשרות, לעסוק בפעילות שתניב לו סכום או תועלת בגובה למעלה מ-1 ש"ח.



מהיוצרים הבודדים החברים באקו"ם) דן בית-המשפט באפשרות שהתקשרויות להפקת תקליט-ריקודי-עם תיעשה עם כל חברת תקליטים בנפרד, תחת עם הפדרציה לתקליטים. באותו הליך, ת.א. 3388/98 א.א.ס.י. מוסיקה בע"מ ואח' נ' ברזילי ואח' (תק-מח 2002(2) 1435), קבע בית-המשפט (כב' השופטת פלפל) כי בדיוק מטעמים של עלויות עסקה יש להתיר לפדרציה לתקליטים לבצע את ההתקשרות המבוקשת, ואין לחייב כל חברת תקליטים לבצע כל התקשרות בנפרד. הדברים ארוכים, אך מצאנו להביאם כלשונם:

"את הבטחת שני פניו של האינטרס הציבורי שלפנינו ואת האיזון ביניהם יש לבחון לאור המציאות הכלכלית של תחום רשמות הקול לצורכי ריקודי עם, המהווה כאמור שוק ייחודי ומצומצם. ראיה לכך היא עצם העובדה שחברות התקליטים עצמן אינן רואות בו שוק כדאי דיו בכדי לייצר בעצמן רשומות קול מתאימות לצרכיו. נדמה שעובדה כלכלית היא שככל שעלויות ניהול והסדרת הרשיון תגדל עבור חברות התקליטים כך הכדאיות הכלכלית של חברות התקליטים להעניק רשיונות תקטן או לחילופין תניע אותם להגדיל את מחיר הרשיון 'שיגולגל' לפתחם של מקבלי הרשיון, שיחויבו לממן את אותה עלות.

...

אם תישאר על כנה חוות הדעת הלא סופית של רשות ההגבלים העסקיים, לפיה יש לאסור על התובעות מלנהל ולהעניק את הרשיון יחדיו דרך הפדרציה, נדמה שהחלטה כזו צפויה להביא למציאות כדלקמן:

חיוב התובעות, לתת לנתבעים רשיון, באופן פרטני ולא במשותף ייאלץ אותן לשאת בעלות ניהול והסדרת הרשיון לבדן. מהלך זה 'יגלגל' את העלויות הכרוכות במתן רשיונות רבים לפתחן של התובעות ובעצם יכפה עליהן עסקה, שבעבורן היא הגדר הפסד ופגיעה בזכות קניינן, יהיה בכך בעצם הטלת עלות שמירת החוקיות של שוק ריקודי העם על גבן של חברות התקליטים.

יהיה זה מעין 'מס ריקודי עם' על חברות התקליטים, שכן עלות מימוש האינטרס של כלל הציבור תוטל על גורמים פרטיים.

כפייה כזו עשויה להיות מוצדקת, ברם יש לבחון האם קיים נתיב אחר, פוגע פחות, למימוש האינטרס הציבורי.

לכאורה, נדמה שאין צורך להידרש לשאלה הנ"ל שכן בטווח הארוך אין ספק בעיני שבתום תקופת הרשיון תמאנה חברות התקליטים להמשיך ולשאת בנטל 'מימון' עסקי הנתבעים ושוק ריקודי העם והן תחדלנה מלהעניק רשיונות נוספים, שכן העלויות שינבעו מהיעדר



ריכוזיות בניהול הרשיון יהפכו את העסקה ללא כדאית. בעצם הצדדים ישובו לנקודת ההתחלה בה הם נמצאים כעת.

ביום שיפוג הרשיון חברות התקליטים תדרושנה מחיר גבוה יותר בעבור הרשיונות, מחיר שככל הנראה שוק ריקודי העם אינו יכול לשלם. לפיכך בעוד שקבלת עמדתה הנוכחית של הרשות להגבלים עסקיים תבטיח שוק חופשי בתחום הקלטות לריקודי העם, היא תיצור בתום תקופת הרשיון דנן, מציאות כלכלית שתביא את שוק ריקודי העם לפשיטת רגל ו/או תהפוך אותו לשוק עברייני.

המרקידים כגון הנתבעים לא יוכלו לעמוד בעלויות הרשיון. יתכן שחלקם יפשוט רגל, יתכן שחלקם "יפנה" להפרת זכויות יוצרים, כפי שעשה עד כה בכדי לשרוד; ואחרים יגלגלו את עלות הרשיון על גבם של הרוקדים.

נדמה שרוב ציבור הרוקדים ריקודי עם יתקשה לממן עלות מוגברת זו, תופעה שתעודד כאמור את הפרת זכויות היוצרים ובמקביל תהפוך את ריקודי העם 'ברשות החוק' לתחביב הפתוח לאלו שהפרטה מצויה בכיסם. נדמה שאין חולק שהאינטרס הציבורי איננו מסתכם רק בשימור תרבות ריקודי העם בישראל אלא כולל אף את ההבטחה שריקודי העם יוותרו כשם - ריקודי של העם כולו.

57. גם בית דין נכבד זה, בהחלטתו בפרשת הפדרציה לתקליטים, פתח את דבריו במילים הבאות (סימן 5 לפסק-הדין):

"בעלי הזכויות זכאים לתמלוגים עבור ביצוע פומבי של היצירות. אולם כאשר מדובר בביצועים בהיקפים מסחריים המתבצעים פעמים אין ספור במקומות רבים, שכר 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."

ובהמשך הדברים הוסיף<sup>18</sup>:

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

58. טיעון זה של עלויות עסקה זכה לתהודה רבה אף במדינות שמעבר לים, והתקבל על דעת ערכאות זרות האמונות על דיני התחרות. כך ציין בית המשפט האמריקאי העליון בפרשת BMI (אסמכתא 2, עמ' 20 לפסק-הדין):

"Individual sales transactions in this industry are quite expensive, as would be individual monitoring and enforcement, especially in light of the resources of single composers. Indeed, as both the Court of Appeals and CBS recognize, the costs are **prohibitive** for licenses with individual radio stations, nightclubs, and restaurants... and it was in that milieu that the blanket license arose."

59. בית הדין האוסטרלי קבע, באופן דומה בפרשת APRA (יצורף כאסמכתא 3, סימן 127 לפסק-הדין):

"[I]t seems indisputable that most copyright holders would find it **impossible** to administer their performing right alone, **even for performances within Australia**, and hence could not expect to receive the due recompense that copyright law envisages: APRA offers them a means to do so, and appears to be the only body that does so in Australia."

---

<sup>18</sup> סימן 55 לפסק-הדין.

כך בנוגע ליוצרים, וכך בנוגע למשתמשים (סימן 332 לפסק-הדין):

"APRA's output arrangements, which rely centrally on the use of the **blanket licence**, provide a cost efficient way for users of music to obtain the lawful right to use virtually the world wide repertoire. In the vast majority of cases the users are small businesses **which could not otherwise obtain lawful access to most of this music, and could gain access to any part of it only at considerable expense.**"

60. ובאיחוד האירופי, בהצעת דירקטיבה שהוגשה אך לפני חודשים מספר, נאמר (תצורף כאסמכתא 4, בסימן 26 להצעה):

"[The European Parliament r]ecognises the important role of collective management societies which are an **indispensable link** between creators and users of copyrighted works, because they ensure that artists and right-holders receive payment for the use of their works...".

61. יוער, כי לדברים אלה נוטה גם הממונה להסכים, גם-אם בקביעתו מנוסחים הדברים בלשון מדודה:

"מימוש כלכלי של זכות היוצרים על ידי כל בעל זכויות בנפרד, כמו גם אכיפתה, כרוך בעלויות רבות" (עמ' 2 להחלטה).

"בכל הנוגע לשימושים שונים, מגוונים ורבים הנדרשים על ידי המשתמשים, פעולה פרטנית על-ידי כל יוצר ויוצר אל מול כל משתמש בודד היתה עשויה לפגוע בפעולת השוק ולהעמיס עליו עלויות עסקה (Transaction costs) רבות" (עמ' 15 להחלטה).

62. על מנת לסבר את האוזן נציין, כדוגמה, כי המחיר התעריפי השנתי להשמעת מוסיקה במסעדה

עומד על סך 874 ש"ח (כ-73 ש"ח לחודש)<sup>19</sup>. – זאת עבור שימוש ב**רפרטואר השלם** של אקו"ם.

63. האם יכול מישהו להניח ברצינות, כי תתכן עסקה ישירה בין אותו בעל מסעדה ליוצר עבור זכות שימוש ב**יצירה בודדת**, וזאת בסכום שיכסה את כל עלויות ההתקשרות ביחס לאותה עסקה? – הרי גם הסכום שמוכן המשתמש לשלם עבור **כל היצירות** – ספק אם יכסה **חלק קטן** מעלויות העסקה הכרוכות בהתקשרות ישירה!

### III. ליוצר הבודד אין זכות חוקית להתיר שימוש ביצירה

64. יכולת הפעולה של היוצר בשוק נמנעת גם משום שלגבי חלק-הארי של היצירות אין בנמצא אף יוצר בודד היכול למכור את זכות השימוש בהן.

65. כפי שהעיר הממונה, ובצדק:

"היוצר, להבדיל מהמבצע, אינו בהכרח דמות אחת ובלבדית: יש הכותב את מילות היצירה, יש המלחין אותה, מעבד אותה ועוד כיוצא באלה. מכאן כי קיימות יצירות רבות, אשר יוצרים רבים שותפים ליצירתן, ולכל אחד מהם זכות יוצרים ביצירה" (עמ' 3 לקביעה).

66. ונוסיף עוד: לא רק זאת שביצירה מוסיקלית קיימות זכויות שונות לתמלילן, לפזמונאי, למעבד ולעיתים גם לאחרים (כדוגמה: מתרגם או מו"ל), אלא שפעמים רבות קיימים מספר תמלילים או מספר פזמונאים או מספר מעבדים, וכך הלאה.

67. ואמנם, בדיקה שערכה אקו"ם העלתה, כי מתוך 37,348 יצירות ששידורן נרשם במחשבי אקו"ם במהלך שנת 2003, ב-32,341 מהן, כ-87%, קיימים שני יוצרים **לפחות** שהיו מעורבים בחיבורן<sup>20</sup>, כשבחלקן מספר היוצרים רב הרבה יותר.

לשם הדגמה בלבד מצורפת לכאן **כנספת ד'** רשימה חלקית של מספר שירים מוכרים שהושמעו

<sup>19</sup> המדובר במחיר בסיס, כשהמחיר הסופי נקבע בהתאם למספר מקומות הישיבה במסעדה.

<sup>20</sup> הנתון מתייחס ליצירות ישראליות.



באופן תדיר בשנת 2003, ובה מופיעים היוצרים השותפים בכל שיר.

68. ואילו המשתמש – הוא מעוניין לעשות שימוש ביצירה השלמה. רק במקרים חריגים ביותר מעוניין משתמש לעשות שימוש בחלק מן הזכויות ביצירה, וגם אז מעורבים, ברוב המקרים, שני יוצרים או יותר (לדוגמה: משתמש המעוניין להשמיע לחן בלא להשמיע את המילים הצמודות לו עדיין יצטרך לקבל היתר הן ממלחין היצירה והן מהמעבד, וזאת בהנחה המקלה שאין מדובר ביצירה שבחיבורה השתתפו מספר מלחינים או מספר מעבדים או שמחזיק בזכויותיה גם מו"ל, וכך הלאה).

69. ועוד יש לזכור, כי זכות היוצרים שמורה עד 70 שנה לאחר פטירת היוצר<sup>21</sup>, קרי: היא עוברת ליורשיו וליורשי-יורשיו, וגם את זכויותיהם של אלה מנהלת אקו"ם תוך רישום קפדני של יורשי-היוצרים ויורשי-יורשיהם.

70. מן האמור עד כה עולה, שחבירתם יחדיו של יוצרים בתאגיד לניהול זכויותיהם הינה תנאי-בלעדיו-אין לעשיית שימוש חוקי ביצירות מוסיקליות. רק תאגיד כזה יכול להעניק זכות שימוש ביצירה השלמה, ולא בשבר קטן ממנה.

#### IV. היצירה הבודדת אינה 'מוצר' כלל

71. אפילו היתה ליוצר הבודד תוחלת כלכלית בניהול פרטי של זכויותיו; ואפילו יכול היה להעניק הרשאה לעשיית שימוש ביצירה שלמה שהשתתף בחיבורה, עדיין היינו אומרים שנחוצה אקו"ם ונחוץ פועלה.

72. יצירה מוסיקלית כשהיא לעצמה, כשיר בודד, אינה "מוצר" בשוק ההשמעה הפומבית. אין ביקוש מצד אף משתמש (תחנת רדיו, מועדון, תחנת טלוויזיה, בית-קפה, בית-מלון, פאב וכך הלאה) לקבלת רישיון להשמעת שיר בודד, אף לא מקבץ של שירים סתם כך.

---

<sup>21</sup> ראו: סעיף 3 לחוק זכות יוצרים 1911 במחבר עם סעיף 5 לפקודת זכות יוצרים.

73. המשתמש הרגיל מעוניין בגישה חופשית וישירה לכל שיר שיחפוץ בו ברגע נתון, ומבלי שיהיה צריך לקבוע זאת מבעוד מועד.

74. זה הוא אותו צורך משתנה המאפיין את הביקוש עליו עמדנו בדברינו לעיל.

75. רק רישיון גורף יכול שיענה אחר צרכים אלה של המשתמש, ורק תאגיד לניהול זכויות יוצרים יכול להעניק רישיון שכזה.

#### V. אי-התכנות הליכי אכיפה פרטיים

76. התחלנו בעלויות העסקה, ונסיים בעלויות העסקה. אך הפעם – מכיוון אחר.

77. הזכרנו לעיל, שמאופיין הקניין הרוחני, וזכויות היוצרים בוודאי, בנגישות ההפרה: ביכולתו של כל אדם לבוא ולעשות שימוש ביצירתו של אחר כחפץ הלב.

78. למאפיין זה של זכויות היוצרים השפעה קרדינאלית על יכולת התקיימותו של שוק פרטני למסחר בזכויות יוצרים: שאלמלא תינקטנה פעולות אכיפה למניעת השימוש הבלתי-חוקי בזכויות יוצרים, ולאור זמינות ההפרה של ביחס לאותן זכויות, ספק אם ימצא מי שיסכים לשלם סכום כלשהו עבור הרישיון לעשות שימוש ביצירה.

79. והלוא אין ספק כי הכל יעדיפו לעשות שימוש ביצירה מוסיקלית בלא לשלם עליה ולו פרוטה שחוקה. ואפילו עשייה זו הינה שלא כדין – מה רבותא יש בכך, אם אין אותו מפר צפוי לסנקציה בגין מעשיו?

80. ובצדק שאלה רשות התחרות האנגלית (MMC Report 1996, בעמ' 96 – יצורף כאסמכתא 6):

"One difficulty is that it is often hard to stop an individual who has not paid for a musical performance from consuming it, in which case **one may ask why consumers pay for a product which they could also consume without paying.**"

81. אלא שככל שבהליכי אכיפה עסקינן – שבה ומתחדדת בעיית עלויות העסקה.
82. על מנת לנהל הליכי אכיפה צריך היוצר לשאת בהוצאותיהן של פעולות רבות ויקרות: משאבים גבוהים במיוחד צריך אותו יוצר להשקיע באיתור הפרת-הזכות (ודוק: אין די שימצא הפרה של זכות יוצרים כלשהי. עליו למצוא, ומאוחר יותר – להוכיח, כי הופרה זכות היוצרים שלו)<sup>22</sup>. עוד יצטרך אותו יוצר לאתר את בעל-העסק שבו בוצעה הפרת הזכות, ולשם כך יזדקק, במרבית המקרים, לשירותיו של חוקר פרטי. לכך מצטרפות עלויות ניהול התביעה, על משאבי הזמן והחומר הצריכים לכך (לרבות שכירת שירותים משפטיים).
83. וברור כי כל תועלת לא תצמח ליוצר מנקיטה בהליכי אכיפה כאלה, אפילו זכה בהם, שכן העלויות הגבוהות הכרוכות בניהול אותם הליכים – יש בהן להכחיד גם כאן כל יתרון שעשוי היוצר לזכות בו בתום הדיון המשפטי.
84. כך קבע בית הדין הנכבד בפרשת הפדרציה לתקליטים (סימן 54 לפסק-הדין):
- ”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.
- לאור המספר העצום של ההשמעות הפומביות מתבצעות באין ספור מקומות, לא ניתן למעשה לעקוב אחר כל השמעה פומבית.”
85. ובדומה מצאנו בת”א (תל-אביב-יפו) 25/98 הפדרציה הישראלית נ’ אטלנטיס (תק-מח 98(1),

<sup>22</sup> בכך יש להכשיל מהלכי אכיפה רבים: יוצר המבקש לאכוף את זכויותיו אינו יודע מראש, הרי, מתי והיכן תושמענה יצירותיו ללא רשות. גם אם ינהל עיקוב אחר בית-עסק פלוני הידוע ככזה העושה שימוש ביצירות מוסיקליות בלא רשות, ובלא שנקל ראש בעלויות הכרוכות בביצוע עיקוב יחיד כזה, הרי מרבית הסיכויים הם שלא ייגלה באותו ביקור דווקא יצירה שלו שבה נעשה שימוש בלתי חוקי. וכך יכולות להידרש פעולות אכיפה רבות עד אשר יעלה בידי היוצר לעלות על מקרה ראשון שבו הופרו זכויותיו הוא.



:2668)

"אני גם סבור כי אין כל אפשרות מעשית לשלוח מידי ערב פקחים לכל אולמות השמחה, כדי לנסות ולאתר ספקי שירותים מוסיקליים ולבדוק האם מושמעת בהם מוסיקה מפרה אם לאו. כדי לאפשר אותה הגנה רחבה בשטח של זכויות יוצרים, שהוא כה פרוץ להפרות, יש לגרום לכך כי הגנה כזאת תהיה אפקטיבית..."

86. וכך גם במדינות שמעבר לים<sup>23</sup>:

"Because a musical composition can be 'consumed' by many different people at the same time and without the creator's knowledge, the 'owner' has no real way to demand reimbursement for the use of his property except through the copyright laws and an effective way to enforce those legal rights... It takes an organization of rather large size to monitor most or all uses and to deal with users on behalf of the composers. Moreover, it is inefficient to have too many such organizations duplicating each other's monitoring of use."

## סיכום ביניים

87. מן המקובץ עד כה באה ועולה המסקנה כי היוצרים הבודדים אינם יכולים לפעול בשוק ההשמעות הפומביות כיחידים, משאין להם יכולת כלכלית או חוקית לעשות כן<sup>24</sup>. רק תאגיד לניהול זכויות יוצרים יכול, כשמו, לנהל את זכויות היוצרים של חבריו, להעניק הרשאות להשתמש ביצירות פרי-עטם, לגבות דמים עבור אותן הרשאות, ולחלק תמלוגים לחבריו היוצרים.

<sup>23</sup> פרשת BMI, אסמכתא 2, הערה 32 לדעת הרוב.

<sup>24</sup> אין פלא, כי גם היכן שנשמרה זכותם של היוצרים להתקשר במישרין עם משתמשים שונים – מעולם לא נעשה שימוש בזכות זו. כך, מאז ניתן, בשנת 1941, צו מוסכם שביטל את התקשרותן הבלעדית של האגודות האמריקאיות עם חבריהן-היוצרים, ועד שנת 1979, אז נדון המקרה בבית-המשפט העליון, לא נמצא ולו מקרה אחד – משך כמעט 40 שנה! – שבו בחרה התובעת, רשת CBS, להתקשר עם יוצר כלשהו (מבין מאות-האלפים הקיימים!) בהתקשרות ישירה. ראו: עמ' 12 לפסק-הדין בפרשת BMI.



## אק"ם – מונופול טבעי

88. זאת ועוד: לשיטתנו אנו, ובשים לב למאפייני השוק עליהם עמדנו לעיל, מהווה אק"ם אותו יצור כלכלי שזכה לתואר "מונופול טבעי", וכך ראוייה היא להיבחן.

89. שניים הם הגורמים ההופכים את אק"ם למונופול טבעי: האחד מצד ההיצע והשני מצד הביקוש. כל-אחד מהם עומד לעצמו.

### מצד ההיצע:

90. על-מנת לנהל זכויות יוצרים באופן מדויק והוגן ככל הניתן, כך שכל יוצר יקבל תמלוגים כמידת השימוש שנעשה בזכויותיו, דרוש מנגנון מורכב ומשוכלל הכרוך בהוצאות ניכרות.

91. מנגנון כזה צריך "להאזין" – באופן אנושי או ממוחשב – לאלפי היצירות המושמעות על-ידי גופי השידור<sup>25</sup>. עליו לאתר לגבי כל יצירה ויצירה מיהם בעלי הזכויות שלה<sup>26</sup>, ומה חלקו של כל בעל-זכויות ביצירה.

92. בשלב הבא צריך אותו מנגנון לזכות כל יוצר ויוצר – מתוך מאות-אלפי יוצרים קיימים! – בחלקו היחסי בסך התקבולים ששולמו לאק"ם<sup>27</sup>.

93. בשלב שלישי צריך המנגנון לאתר את האגודה-האחות שבה חבר כל יוצר, ולהעביר לאותה אחות את סך חלקם של החברים בה מתוך תקבולי אק"ם, יחדיו עם פירוט חלקו של כל יוצר בסכום המועבר (בצוע החלוקה בפועל נעשה על-ידי כל אגודה-אחות לחבריה).

94. בנוסף נדרש מנגנון ניהול זכויות יוצרים להשתמש במערכת של דגימות סטטיסטיות על-מנת לזהות ולמין את השימוש שעושים מאות המשתמשים האחרים (שאינם תאגידי שידור) ביצירות

---

<sup>25</sup> בשנת 2003 איתרה המערכת שברשות אק"ם 192,250 יצירות שונות שבהן נעשה שימוש (ישראליות וזרות). אם להתחשב בכך שביצירות רבות נעשה שימוש יותר מפעם אחת, עומד סך השימושים שאותרו על-ידי המערכת על 23,619,649 (נתון זו כולל ממצאי דגימות סטטיסטיות).

<sup>26</sup> בשנת 2003 אותרו 43,680 יוצרים (ישראלים וזרים) שבזכויותיהם נעשה שימוש.

<sup>27</sup> לאחר ניכוי הוצאות תפעול ולאחר הפרשה בגובה 10% מחלקן של היצירות הזרות לטובת היצירה המקומית.

המוסיקליות, וגם כאן נדרש אותו תהליך של איתור בעלי הזכויות, קביעת חלקם היחסי, איתור האגודה המנהלת את זכויותיהם, העברת חלקם היחסי לאותה אגודה, וכיוצ"ב.

95. לגבי חבריה שלה נדרשת אקו"ם גם לנהל את חלוקת התקבולים שהצטברו אצלה, באופן יחסי, לכל חבר וחבר שנעשה שימוש ביצירתו (הכוונה לתקבולים הן ממשתמשים הקשורים עם אקו"ם והן מאגודות-אחיות שבארצותיהן נעשה שימוש ביצירות שבניהול אקו"ם), ובמסגרת זו היא מחלקת תמלוגים אף ליורשי היוצר וליורשי-יורשיו – עד 70 שנה לאחר פטירת היוצר.

96. קשה להבהיר במילים עד כמה מורכבת מערכת שכזו, ולא בכדי זכתה בידי בית-הדין האוסטרלי לכינוי "formidable task"<sup>28</sup>.

97. אך לענייננו אפשר להסתפק בכך: שמערכת כזו מאופיינת בכך שהעלות השולית של ניהול כל יצירה בה שואפת לאפס, וככל שרבות היצירות – כך קטנה העלות הממוצעת של ניהול כל יצירה, ובכלל זה 'היצירה האחרונה'. ההוצאה השולית, אם קיימת – זניחה.

98. אם נזכור שמרבית ההוצאות הכרוכות בהפעלת מערכת כזו הן הוצאות קבועות (או חצי-קבועות), כי אז יובן גם מדוע קיימים בפעילותה של אקו"ם יתרונות ממשיים לגודל.

99. ככל שגדל מספר היצירות המנוהלות על-ידי אקו"ם כך מתחלקות העלויות הקבועות הרבות שבתפעול המערכת על-פני מספר רב יותר של יצירות.

100. מאליו מובן, כי גם עלות הניהול הממוצעת ליצירה הולכת ופוחתת במערכת מעין זו ככל שגדל הרפרטואר המנוהל.

101. בנסיבות אלה – ובמקרה של אקו"ם הן קיצוניות במיוחד – הכירה התיאוריה הכלכלית בקיומו של "מונופול טבעי" – כזה שהוצאותיו הממוצעות (והשוליות) פוחתות עם הגידול בתפוקה.

---

<sup>28</sup> סעיף 153 לפסק-הדין בפרשת APRA, אסמכתא 3.

102. לענייננו יכולים אנו לעשות שימוש בהגדרות שאימץ בית המשפט העליון בבג"צ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea ואח' נ' הממונה על ענייני הנפט ואח' (תק-על 2001 (2) 123):

"וזו הגדרתו של מונופול טבעי, אחת מני רבות ... :

"An industry is a natural monopoly if average cost declines as the volume of goods or services produced by a company increases, so that the goods or services can be more efficiently provided by a single firm than by a number of competing ones."

ובהגדרה השווה לכל נפש... :

"Monopoly that exists when the size of a business or company is so large in relation to its market that there is room for only one firm. A natural monopoly exists when a market is small enough to be satisfied by one firm which is operating under a condition where the more it produces, the cheaper it costs to produce. When this occurs, it is not feasible for a second firm to enter the market because the first firm could produce the entire market's demand at a cheaper rate than the second firm."

103. הגדרות אלו – כמו נוצרו לעניינה של אקו"ם.
104. הוספת יצירה אחת נוספת למאגר היצירות המנוהל ע"י אקו"ם – לאחר מאות-אלפי היצירות הנמצאות כבר במאגר, לאחר שההוצאות הקבועות להקמת המערכת כבר הוצאו – עלותה השולית מתקרבת, שואפת, וכמעט נוגעת, באפס.
105. אך המערכת עצמה – זו יקרה מאד ותפעולה מגיע כדי מיליוני ש"ח רבים בשנה, כשסכום זה לעולם נגרע מן התשלומים המועברים ליוצרים.
106. בנסיבות אלה ודאי הוא, שאין כדאיות כלכלית בהקמת מערכת מקבילה לזו של אקו"ם שתשא

בהוצאות עתק-משלה, שתייקר את העלויות הכרוכות בניהול זכויות יוצרים, ורק תשכפל את יכולתה הקיימת של אקו"ם.

#### מצד הביקוש:

107. טעם נוסף בגינו ראויה אקו"ם להיחשב מונופול טבעי עניינו בצד הביקוש: אמרנו כי הביקוש הקיים מצד המשתמשים הוא לרישיון-גורף, כזה שיאפשר להם עשיית שימוש ברפרטואר העולמי בלא שיצטרכו להתרוצץ בין אינספור יוצרים – בארץ ובחו"ל – או בין ריבוי תאגידי ניהול להתקשר עם כל אחד ואחד מהם.

108. ואמנם, התרעומת הנשמעת מצד משתמשים אינה על ריכוזיות יתר של זכויות בידי אקו"ם, כביכול, אלא נהפוך הוא: על ביזור הזכויות הקיים בין מספר תאגידי ניהול (אקו"ם כתאגיד לניהול זכויות יוצרים; אשכולות ו-עילם כתאגידים נוספים לניהול זכויות מבצעים<sup>29</sup>; הפדרציות לתקליטים כתאגידים לניהול זכויות ברשומות קול, וכך הלאה), וכפי שמצאו הדברים את ביטויים בת"א (תל-אביב-יפו) 827/97 הפדרציה הישראלית נ' אולמי חאן (תק-מח 2002(1), 65535):

"אשר לריבוי הארגונים לשמירת זכויות יוצרים, כנטען ע"י ב"כ הנתבעים. אכן, קיומם של מספר רב של ארגונים המאגדים בעלי זכויות יוצרים, כאשר חלוקת פלח הזכויות בשוק אינה ברורה תמיד, גורמת לתרעומת מוצדקת מצד בעלי אולמות שמחות."

109. ככל שתלויים הדברים במשתמשים (לפחות אלה המעוניינים להקפיד על הוראות החוק) – אין טוב להם מתאגיד אחד אשר בו יוכלו לרכוש, במרוכז, את כל הזכויות להשמעת כל היצירות בבחינת "One stop shop".

110. הביקוש הקיים מחייב גם הוא, אפוא, קיומה של אגודה מרכזית אחת לניהול זכויות יוצרים, כך כאקו"ם.

---

<sup>29</sup> כאשר "אשכולות" מנהל את זכויות המבצעים הקוליים (זמרים, שחקנים ודומיהם), ו"עילם" מנהל את זכויות הנגנים.



111. עמד על הדברים בית דין נכבד זה בפרשת הפדרציה לתקליטים, באומרו (סימנים 68-69 לפסק-הדין):

"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.

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

112. וגם בית-הדין האוסטרלי לתחרות עמד על הדברים<sup>30</sup>:

"Unless the collecting society is able to obtain and retain the ability to licence a comprehensive repertoire of works, the many benefits which have maintained the viability of collecting societies will be lessened. Licensees will not simply obtain comprehensive protection against infringement, transaction costs for licensees will increase, administration costs of the society in respect of recording input information, monitoring use, and effecting distribution will increase significantly, and monitoring and enforcement of copyright by the society will become difficult."

113. ואכן, באותו עניין הוסכם על-דעת המומחים מטעם כל הצדדים כי מתקיימים בתאגיד לניהול זכויות יוצרים המאפיינים ההופכים אותו למונופול טבעי<sup>31</sup>.

114. כך בהחלטות שיפוטיות, וכך בכתבי מלומדים:

---

<sup>30</sup> סימן 350 לפסק-הדין בעניין APRA, אסמכתא 3.

<sup>31</sup> שם, סימן 292 לפסק-הדין.

"In terms of economic efficiency, collecting societies are the perfect mechanism by which to rectify the possible economic harm suffered by authors and publishers. Equally accepted is the principle that the most efficient means for collective administration is the maintenance of either a de facto or de jure monopoly position."

U. Suthersanen, "Copyright and Educational Policies: A Stakeholder Analysis" [2003] 23 Oxford **Journal of Legal Studies** 585, para. 6 – 7 **יצורף כאסמכתא**.

115. וכך מצאו הדברים את ביטויים אצל K. Garnett, J. R. James, G. Davies, **Copinger and Skone James on Copyright** (14 ed.) {London 1999}, p.1493 **יצורף כאסמכתא** 8:

"The existence of two or more organisations in the same field may diminish the advantages of collective administration for both rights owners and users. For the rights owners, competing societies lead to duplication of functions and reduction on scale economies in operation and thus are unlikely to bring benefits to their members. For the user, a multiplicity of societies representing a single category of rights owner would also cause uncertainty, duplication of effort and extra expense. The user would have to check, for each work he wished to use, which society controlled it and whether he had the appropriate licence. For both parties, administration costs would be greater, reducing the revenue available for distribution to rights owners and increasing the overall cost of obtaining licences for the user."

116. ראויים, אפוא, ההסדרים שאק"ם שותפה להם להתאשר גם על-שום היתרונות הכלכליים המובנים הצומחים מניהול זכויות יוצרים בתאגיד מרכזי אחד.

## סוף דבר

117. סוף דבר בראשיתו: אין בנמצא, בעולם כולו, מנגנון טוב יותר לניהול זכויות יוצרים מאשר אגודה מרכזית העושה כן עבור חברה ועבור יוצרים זרים החברים באגודות דומות.

118. הן ניהול פרטני בידי היוצרים עצמם והן ניהול בידי מספר תאגידים אינו אפשרי לאור המבנה הכלכלי של השוק ולאור המצב המשפטי הקיים בו.

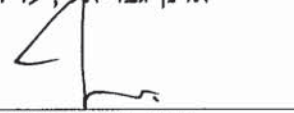
119. בנסיבות אלה, ואפילו היתה פעילותה של אק"ם נגועה בהסדר כובל כלשהו, הרי זה הסדר המיטיב עם הציבור, מעודד את היצירה התרבותית, ומהווה מכשיר לשמירת החוק.

120. מבחינה זו יש באק"ם ובפעילותה לייעל את הייצור והשיווק של נכסי קניין רוחני ולהבטיח את הורדת מחיריהם לציבור המשתמשים. יש בפעילותה אף להבטיח היצע מספיק של נכסי קניין רוחני לציבור המעוניין לעשות שימוש כדין בקניין זה, והכל כמאמר סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים. אל מול יתרונות כבירים אלה לא ניתן למצוא נזק כלשהו שנגרם לציבור.

121. לאור כל האמור ובמידה וימצא כי מתקיימים באק"ם הסדרים כובלים כלשהם – יתבקש בית הדין הנכבד לאשרם.

  
צבי אגמון, עו"ד  
  
מתן מרידור, עו"ד

ב"כ אק"ם

  
ארנון גביאלי, עו"ד  
  
אורי שורק, עו"ד

## תצהיר

אני הח"מ, יורם בן-דוד, נושא ת.ז. מס' 5173497-8 לאחר שהוזהרתי כי עלי לומר את האמת וכי אהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק אם לא אעשה כן, מצהיר בזאת כדלקמן:

1. הנני משמש כמנכ"ל אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (להלן – אקו"ם), ועושה תצהירי זה בתמיכה לבקשתה החלופית של אקו"ם לאישור הסדר כובל, וזאת בהמשך לקביעת הממונה על ההגבלים העסקיים (להלן – הממונה) שניתנה בעניינה ביום 30.3.04.

קביעת הממונה תצורף לתצהירי זה כנספח א'.

### בקשה לאישור הסדר כובל<sup>1</sup>

2. הצד להסדר הכובל המבקש החלטה: אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל, אשר מענה אצל עו"ד צבי אגמון, קרן היסוד 36, ירושלים.
3. שמות הצדדים להסדר: אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל; היוצרים אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב'1 לכאן; והתאגידים הזרים לניהול זכויות יוצרים אשר שמם ננקב ברשימה נספח ב'2 לכאן.
4. צורת ההסדר: בכתב.
5. תיאור המסמכים הקובעים את ההסדר והנוגעים לו: כתבי העברה עליהם חותמים חברי אקו"ם בנוסח המצורף כנספח ג'1; תקנון אקו"ם – נספח ג'2; המפתח לחלוקת תמלוגים – נספח ג'3.

---

<sup>1</sup> בתצהיר זו אניח (מבלי להסכים ולצורכי הדיון בלבד) כי אכן מתקיימים בפעילותה של אקו"ם אותם הסדרים כובלים שציין הממונה בקביעתו.

<sup>2</sup> מסמכים אלה נזכרו בעמ' 10 לקביעת הממונה כאלה שבבסיס "ההסדר הכובל" שבין היוצרים הישראליים.



הסכמי ניהול הדדיים בלעדיים שחתמה אק"ם עם תאגידים זרים לניהול זכויות יוצרים דוגמת ההסכם המצורף **כנספח ג'4**<sup>3</sup>.

6. **הנכס נשוא ההסדר: זכויות יוצרים.**
7. **מהות הכבילה:** כבילה הנוגעת למחיר שיידרש, כבילה הנוגעת לחלוקת השוק, כבילה הנוגעת לכמות המוצרים בשוק<sup>4</sup>.
8. **תקופת ההסדר הכובל:** ללא הגבלה.
9. **עיקרי הטעמים המצדיקים את אישור ההסדר הכובל בידי בית-הדין:** כמפורט להלן בגוף התצהיר.

## **אק"ם**

10. הקמתה של אק"ם בשנת 1936, לפני 68 שנים.
11. כבמתוקנות שבמדינות העולם, גם בישראל (ועוד קודם שקמה מדינת-ישראל) חברו יחדיו בעלי זכויות יוצרים והקימו תאגיד שינהל עבורם את זכויות היוצרים המוקנות להם לפי חוק.
12. מאז הוקמה הקפידה אק"ם למלא את יעודה: לנהל את זכויות היוצרים שהוקנו בחוק לחבריה, וזאת על דרך מתן הרשאה לעשיית שימוש במוסיקה וגביית תמלוגים בעבור הרשאה זו, ועל דרך פעולות לאכיפת הזכויות במקרים של הפרתן.
13. על מנת להבין את דרכי העבודה של אק"ם מן הראוי להביא את סוגי ההתקשרויות העיקריות שאק"ם צד להן, ואלו הן: התקשרויות עם יוצרים ומ"לים למוסיקה (להלן – **מו"לים**), התקשרויות עם משתמשים והתקשרויות עם אגודות-אחיות.

---

<sup>3</sup> מסמכים אלה נזכרו בעמ' 12 לקביעת הממונה כאלה שבבסיס "ההסדר הכובל" שבין אק"ם לבין האגודות-האחיות.

<sup>4</sup> הכל, לצורכי הדיון, כאמור בעמ' 20-13 לקביעה.

14. **התקשרות עם יוצרים ומו"לים.** אקו"ם קשורה עם חבריה, היוצרים והמו"לים, למעלה מ-4,800 במספר, בסדרת הסכמים אשר במסגרתם מעבירים היוצרים לאקו"ם את זכויות היוצרים הקיימות להם ביצירות השונות פרי עטם<sup>5</sup>. בתמורה לכך מעבירה אקו"ם לחברים תמלוגים המחולקים להם מהכנסותיה. במסגרת התקשרויותיה אלה מאפשרת אקו"ם לכל אחד מחבריה שלא להעביר לרשותה מלכתחילה (או למשך ממנה בהמשך) זכויות מסוימות מבין אלו שמקנה לו החוק, ביחס לכל יצירותיו או חלקן, וביחס לכל המשתמשים או חלקם.

15. **התקשרות עם אגודות-אחיות.** עוד קשורה אקו"ם בהסכמי ייצוג הדדיים עם תאגידים זרים לניהול זכויות יוצרים (לעיל ולהלן: **אגודות-אחיות**). במסגרת הסכמים אלה מעבירות האגודות-האחיות לאקו"ם את הניהול בישראל של אותן יצירות שברפרטואר של כל אחת מהן; ואקו"ם מצידה מעבירה אליהן, כל אחת ביחס למדינתה, את ניהול זכויות היוצרים ברפרטואר היצירות של אקו"ם<sup>6</sup>. ניהול הדדי זה של זכויות הוא שמעניק לאקו"ם את האפשרות להרשות למשתמשים (להלן) שימוש ביצירות מן הרפרטואר של האגודות-האחיות, כאשר בד-בבד עם כך מעבירה אקו"ם לאגודות-האחיות את חלקן היחסי בדמי-הרישיון שהיא גובה מן המשתמשים (והן מצידן מעבירות לאקו"ם את חלקה בדמי-הרישיון שהן גובות מן המשתמשים במדינותיהן השונות עבור שימוש ברפרטואר של אקו"ם).

16. **התקשרות עם משתמשים.** מן העבר האחר קשורה אקו"ם בהסכמים עם משתמשים רבים – תחנות רדיו וטלוויזיה, מסעדות, מועדונים, פאבים, קניונים, בתי-מלון, ואחרים – ומכוח הזכויות שהועברו לה ביצירות השונות, היא מתירה להם, במסגרת הסכם-רישיון הניתן להם, לעשות שימוש מוגדר ברפרטואר היצירות שברשותה. בתמורה משלמים המשתמשים דמי-רישיון לאקו"ם.

יוטעם, כי נתח נכבד מן הרישיונות שמעניקה אקו"ם הם רישיונות גורפים (blanket licenses) – כאלה המאפשרים למשתמש לעשות שימוש כרצונו ברפרטואר היצירות השלם שמנוהל ע"י

---

<sup>5</sup> במקרה של מו"לים: זכויות שהומחו אליהם ע"י היוצרים. יוער כי לא כל זכויות היוצר מועברות לאקו"ם. כך, לדוגמה, הזכות המוסרית אינה עוברת לאקו"ם.

<sup>6</sup> במקרים מסוימים קשורה אקו"ם בהסכמים שאינם הדדיים. כך, למשל, לגבי תאגיד הניהול האמריקאי BMI: אקו"ם קשורה עם BMI בהסכם לפיו היא מנהלת בישראל את היצירות המצויות ברפרטואר של BMI. אך BMI לא הוסמכה לייצג את אקו"ם בארה"ב (ייצוגה של אקו"ם בארה"ב נעשה באמצעות תאגיד הניהול האחר שם – ASCAP).

אקו"ם, בלא שתוטל על אותו משתמש מגבלה לעניין מבחר היצירות שהוא רשאי להשתמש בהן.

17. מערך הסכמי זה הוא שמאפשר לאקו"ם לקיים את פעילותה, ובעיקר את שתיים אלה:

18. **מתן הרשאות וחלוקת תמלוגים.** פועלה העיקרי של אקו"ם, זה שלמענו הוקמה, מצוי ביכולתה לנהל את זכויות היוצרים: יכולתה להרשות עשיית שימוש ביצירות המוסיקליות שבניהולה, ישראליות וזרות, ולגבות מן המשתמש דמי-רישיון בעבור רשות זו הניתנת לו. את דמי השימוש שהיא גובה מחלקת אקו"ם (לאחר ניכוי הוצאות תפעול) כתמלוגים לחבריה ולאגודות-האחיות, וזאת לפי חלקם ברפרטואר בו נעשה שימוש.

(א) הרישיונות העיקריים שמעניקה אקו"ם הם רישיון ההשמעה הפומבית<sup>7</sup> ורישיון השידור<sup>8</sup>, כשלצידם ניתן למנות עוד סוגים נוספים של רישיונות: רישיון הקלטה, רישיון העתקה, רישיון הסרטה ואחרים.

(ב) אשר לקביעת גובה דמי-הרישיון: זוהי משימה קשה ומורכבת, שאין לך בנמצא מקור לגזור ממנו מה ייחשב להיות 'תמלוג ראוי'.

(ג) עם זאת, קיימות פרקטיקות מקובלות אשר התפתחו משך השנים על-בסיס הסכמות רבות – בארץ ובעולם – שהגיעו אליהן המשתמשים מזה ובעלי זכויות היוצרים מזה, ואשר בהתבסס עליהן עוצבו מספר קריטריונים המסייעים בקביעת גובה דמי-הרישיון. פרמטר מרכזי בקביעת גובה דמי-הרישיון הוא תרומת המוסיקה, כתשומה, לפעילות עסקו של המשתמש, כך שכלל שקיימת למוסיקה חשיבות רבה יותר בניהול העסק, שם ייקבעו דמי-רישיון גבוהים יותר, ולהיפך<sup>9</sup>. כך, אין דין השמעת שיר במועדון ריקודים כדין השמעת אותו שיר בפאב או באוטובוס. פרמטר נוסף מתבסס על דרכי פעולתן של אגודות דומות

<sup>7</sup> המאפשר השמעת מוסיקה מרפרטואר אקו"ם בכל דרך: הופעות אמנים, די.ג'יי, קריוקי, השמעה מרדיו, דיסקים, קלטות, מחשב, טלוויזיה או כל אמצעי השמעה אחר.

<sup>8</sup> המאפשר לעשות כל אחת מאלה: (1) לשדר יצירות מרפרטואר אקו"ם באמצעות טלוויזיה, רדיו, כבלים או לוויין, (2) להקליט את הרפרטואר לצורך השידור, (3) להקליט את הרפרטואר לצורך שילובו בתוכניות הגוף המשדר.

<sup>9</sup> ככלל מחולקים בתי-העסק ל-3 קבוצות: כאלה שהמוסיקה חיונית לפעילותם, כאלה שהמוסיקה חשובה לפעילותם, וכאלה שהמוסיקה משנית לפעילותם.



בארצות תבל, מהן ניתן ללמוד על סוגי המודלים השונים<sup>10</sup> ועל טווחי המחירים הנוהגים לכל סוג שימוש. ולבסוף – בקביעת דמי-הרישיון נלקחות בחשבון עלויות נוספות הקיימות במגזר הנבדק, כך שלא תתקבל תוצאה 'בלתי הגיונית' של עלות השימוש ביצירות מוסיקליות למול עלויות אחרות של המשתמש.

(ד) אשר לחלוקת התמלוגים – אף זו משימה מורכבת העומדת בפני עצמה, והתייחסות לחלק מן המורכבויות שבה תמצא בסעיפים 61-65 שגיאה! מקור ההפניה לא נמצא. להלן.

19. **נקיטה במהלכי אכיפה.** אקו"ם, כמי שאמונה על שמירת זכויות היוצרים של חבריה, פועלת לנטר את השימוש בזכויות היוצרים ולאתר מפירים של זכויות אלה, לשכנעם לעשות שימוש חוקי ביצירות מוסיקליות (קרי: לקבל אישור לשימוש שהם עושים, ולשלם דמי-רישיון תמורתו), ובמקרי הצורך – נוקטת בצעדי אכיפה כנגד אותם מפירים בערכאות המשפט. יודגש, כי למרות מהלכי האכיפה שנוקטת אקו"ם כלפי מפירים של זכויות יוצרים, עדיין עולה מספרם של אלה העושים שימוש ביצירות מוסיקליות ללא רשות על מספרם של אלה הנהנים מן היצירות המוסיקליות ברשות וכדין.

## השוק הרלוונטי

20. השוק המרכזי בו עוסקת אקו"ם הוא שוק ההשמעה הפומבית **כדין** של יצירות מוסיקליות<sup>11</sup>.
21. תכונה ראשונה ומרכזית של שוק זה עניינה בציבור המשתמשים **ובביקוש המשתנה** שהוא מאופיין בו.
22. משתמש המבקש להשמיע בפומבי יצירות מוסיקליות חפץ לעשות כן בלא להגביל את עשייתו לתחומי זמן או מגוון.

---

<sup>10</sup> כך, למשל: האם יש לחשב את דמי-הרישיון על-פי שטחה של מסעדה? או אולי על-פי כמות הכסאות שלה? האם צריכים דמי הרישיון להיות מחושבים כאחוז מהכנסות העסק או כתשלום קבוע? האם רשות מקומית תשלם לפי מספר התושבים שבשטחה, או לפי מספר האירועים שהיא עורכת? – ואין הדברים אלא דוגמה בלבד.

<sup>11</sup> ובכלל זאת אני מתייחס אף לשידור פומבי של יצירות מוסיקליות.



23. רצונם של העושים שימוש ביצירות מוסיקליות – לעשות כן בכל עת שימצאו לנכון, "מעכשיו לעכשיו", בלא שיצטרכו להקדים לכך, כל פעם, משא-ומתן או היערכויות מיוחדות.
24. זהו שימוש שאינו מוגדר מראש בזכותו של מאן דהוא: הוא אינו מוגדר מראש מבחינת מועד והוא אינו מוגבל מראש מבחינת הזיהוי הספציפי של היצירה אותה מעוניין המשתמש להשמיע. המדובר ברצון אקראי, בלתי-ודאי, של המשתמש, כזה הלוּבש צורה ופושט צורה חליפות, לעשות שימוש ביצירה כלשהי (שאת זהותה הוא אינו יודע ברגע ההתקשרות) במועד כלשהו (שגם אותו אין הוא יודע בעת ההתקשרות). ולמעשה – לעשות שימוש ביצירות רבות במועדים רבים, שאת זהותם וזמנם אין המשתמש יודע לומר מראש.
25. זאת ועוד: ציבור המשתמשים מעוניין, כבר בעת ההתקשרות, לעשות שימוש ביצירות עתידיות, שאת זהותן וזהות יוצריהן אין הם יודעים ואין הם יכולים לדעת.
26. ההשמעה הפומבית מאופיינת, אפוא, בצורך משתנה ליטול יצירה מסוימת ולהשמיעה ברבים.
27. תכונה שנייה שבבסיס שוק ההשמעה הפומבית עניינה בנגישות ההפרה, באפשרות הקלה מני-קלה לרוקן את זכות-היוצרים מתוכן, ולעשות שימוש בלתי-חוקי בקניינם של היוצרים.
28. המעוניין בכך, ולמרבה הצער יש רבים המעוניינים בכך – כל שהוא צריך לו הוא להושיט היד ולקטוף את פירות יצירתו של אחר.
29. שום מחסום ושום מכשול אינו עומד בפני זה המבקש לעשות שימוש בזכות היוצרים שהוקנתה על-פי חוק לאחרים. אין אותו מפר צריך להרחיק נדוד. ואין הוא צריך להשתמש בכוח הזרוע. ולמעשה – ככל שצר הדבר – גם אין הוא צריך לנהל מהלכיו במחשכים. כל שהוא צריך לו הוא להניח את התקליטור בנגן התקליטורים שבחנותו או להדליק את מקלט הרדיו שבעסקו, או לעשות מיני פעולות קטנטנות מעין אלה, ובכך יימצא נהנה מיצירתם של אחרים. הנאה שאין הוא משלם בעבורה מאומה.
30. עלויות הניטור והאכיפה של השימוש בזכות היוצרים הינן כה גבוהות עד שהן מהוות מחסום בלתי-עביר בפני היוצר הבודד הבא לנהל בכוחות עצמו את קניינו שברוח.

## העדר שוק מבלעדי אקרים

### I. אין ממשק בין ציבור המשתמשים לציבור היוצרים

31. תנאי לקיומה של השמעה פומבית כדין הוא קיומה של התקשרות בין המשתמש המבקש לעשות שימוש ביצירה לבין בעלי זכויות היוצרים בה.

32. לצורך כך צריך שיתקיים ממשק, נקודת חיבור, בין ציבור היוצרים לציבור המשתמשים, ובלשון כלכלית: צריך שיתקיים שוק של מוכרים וקונים שבו תיערכנה ההתקשרויות העסקיות.

33. אלא ששוק כזה למסחר בזכויות יוצרים אינו בנמצא.

34. ציבור היוצרים, כמוהו כציבור המשתמשים, הוא ציבור מפוזר, הטרונגי ומגוון. פיזור זה גם אינו תחום בגבולות גיאוגרפיים כלשהם, שכן הביקוש להשמעת יצירות מוסיקליות מכוון, על-פי רוב, ליצירות ישראליות וזרות כאחת.

35. על-כן, בתחילה, כעניין פיזי, בעולם, אין בנמצא שוק למסחר בזכויות יוצרים.

36. כל אלטרנטיבה אחרת, לרבות כזו הכרוכה באיתור פרטני של יוצרים, סופה שתכשל מטעמים של עלויות עסקה או מטעמים אחרים אותם אבוא לפרט עתה.

### II. ליוצר הבחוד אין אפשרות כלכלית למכור זכויות ביצירה

37. "עלויות העסקה" או "עלויות ההתקשרות" הן אותן עלויות כלכליות הכרוכות ביצירת התקשרות ישירה בין יוצר לבין אדם המעוניין לעשות שימוש ביצירתו.

38. עלויות אלה כוללות רכיבים רבים, וביניהם: עלויות חיפוש ואיתור הצד-שכנגד (משתמש המעוניין לעשות שימוש ביצירה יצטרך לאתר את יוצר היצירה, ויוצר המעוניין "למכור" את השימוש ביצירתו יצטרך לחפש משתמש המעוניין לעשות בה שימוש); עלויות ניהול משא-ומתן פרטני (על עלויות הזמן הכרוכות בכך); עריכת הסכם פרטני בין היוצר והמשתמש (לרבות, במידת הצורך, שכירת שירותיהם של יועצים משפטיים); ועלויות ביצוע התשלום. במידה

וההתקשרות אינה לעשיית שימוש בכלל זכויותיו של היוצר תצטרפנה לאלה גם עלויות אכיפה (כפי שעוד יפורט להלן).

39. הסכום שמשלם המשתמש ליוצר חייב שיכסה את כל עלויות העסקה הכרוכות בכך.
40. אלא שבפועל גבוהות עלויות העסקה מכל סכום שאותו מסכים המשתמש לשלם, והן מצמיתות כל רווח שיכול היה היוצר להפיק מזכויותיו.
41. בכך נמנעת יכולת הפעולה של כל יוצר בודד בשוק.
42. על מנת לסבר את האוזן אציין, כדוגמה, כי המחיר התעריפי השנתי להשמעת מוסיקה במסעדה עומד על סך 874 ש"ח (כ-73 ש"ח לחודש)<sup>12</sup>. – זאת עבור שימוש בפרוטואר השלם של אקר"ם.
43. האם יכול משהו להניח ברצינות, כי תתכן עסקה ישירה בין אותו בעל מסעדה ליוצר עבור זכות שימוש ביצירה בודדת, וזאת בסכום שיכסה את כל עלויות ההתקשרות ביחס לאותה עסקה? – הרי גם הסכום שמוכן המשתמש לשלם עבור כל היצירות – ספק אם יכסה חלק קטן מעלויות העסקה הכרוכות בהתקשרות ישירה!

### III. ליוצר הבדל אין זכות חוקית להתיר שימוש ביצירה

44. יתרה מכך, לגבי חלק-הארי של היצירות אין בנמצא אף יוצר בודד היכול למכור את זכות השימוש בהן.
45. כפי שהעיר הממונה, ובצדק:

"היוצר, להבדיל מהמבצע, אינו בהכרח דמות אחת ובלבדית: יש הכותב את מילות היצירה, יש המלחין אותה, מעבד אותה ועוד כיוצא

---

<sup>12</sup> המדובר במחיר בסיס, כשהמחיר הסופי נקבע בהתאם למספר מקומות הישיבה במסעדה.

באלה. מכאן כי קיימות יצירות רבות, אשר יוצרים רבים שותפים ליצירתן, ולכל אחד מהם זכות יוצרים ביצירה" (עמ' 3 לקביעה).

46. ואוסיף עוד: לא רק זאת שביצירה מוסיקלית קיימות זכויות שונות לתמלילן, לפזמונאי, למעבד ולעיתים גם לאחרים (כדוגמה: מתרגם או מו"ל), אלא שפעמים רבות קיימים מספר תמלילים או מספר פזמונאים או מספר מעבדים, וכך הלאה.

47. ואמנם, מתוך 37,348 יצירות ששידורן נרשם במחשבי אקו"ם במהלך שנת 2003, ב-32,341 מהן, כ-87% קיימים שני יוצרים לפחות שהיו מעורבים בחיבורן<sup>13</sup>, כשבחלקן מספר היוצרים רב הרבה יותר.

לשם הדגמה בלבד מצורפת לכאן **כנספח ד'** רשימה חלקית של מספר שירים מוכרים שהושמעו באופן תדיר בשנת 2003, ובה מופיעים היוצרים השותפים בכל שיר.

48. ואילו המשתמש – הוא מעוניין לעשות שימוש ביצירה השלמה. רק במקרים חריגים ביותר מעוניין משתמש לעשות שימוש בחלק מן הזכויות ביצירה, וגם אז מעורבים, ברוב המקרים, שני יוצרים או יותר (לדוגמה: משתמש המעוניין להשמיע לחן בלא להשמיע את המילים הצמודות לו עדיין יצטרך לקבל היתר הן ממלחין היצירה והן מהמעבד, וזאת בהנחה המקלה שאין מדובר ביצירה שבחיבורה השתתפו מספר מלחינים או מספר מעבדים או שמחזיק בזכויותיה גם מו"ל, וכך הלאה).

49. ועוד יש לזכור, כי זכות היוצרים שמורה עד 70 שנה לאחר פטירת היוצר, קרי: היא עוברת ליורשיו וליורשי-יורשיו, וגם את זכויותיהם של אלה מנהלת אקו"ם תוך רישום קפדני של יורשי-היוצרים ויורשי-יורשיהם.

---

<sup>13</sup> הנתון מתייחס ליצירות ישראליות.



IV. היצירה הבודדת אינה 'מוצר' כלל

50. יצירה מוסיקלית כשהיא לעצמה, כשיר בודד, אינה "מוצר" בשוק ההשמעה הפומבית. אין ביקוש מצד אף משתמש (תחנת רדיו, מועדון, תחנת טלוויזיה, בית-קפה, בית-מלון, פאב וכך הלאה) לקבלת רישיון להשמעת שיר בודד, אף לא מקבץ של שירים סתם כך.

51. המשתמש הרגיל מעוניין בגישה חופשית וישירה לכל שיר שיחפץ בו ברגע נתון, ומבלי שיהיה צריך לקבוע זאת מבעוד מועד.

52. זה הוא אותו צורך משתנה המאפיין את הביקוש עליו עמדתי לעיל.

53. רק רישיון גורף יכול שיענה אחר צרכים אלה של המשתמש, ורק תאגיד לניהול זכויות יוצרים יכול להעניק רישיון שכזה.

V. אי-התכנות הליכי אכיפה פרטיים

54. הזכרתי לעיל, שמאופיין הקניין הרוחני, וזכויות היוצרים בוודאי, בנגישות ההפרה: ביכולתו של כל אדם לבוא ולעשות שימוש ביצירתו של אחר כחפץ הלב.

55. למאפיין זה של זכויות היוצרים השפעה קרדינאלית על יכולת התקיימותו של שוק פרטני למסחר בזכויות יוצרים: שאלמלא תינקטנה פעולות אכיפה למניעת השימוש הבלתי-חוקי בזכויות יוצרים, ולאור זמינות ההפרה של אותן זכויות, ספק אם ימצא מי שיסכים לשלם סכום כלשהו עבור הרישיון לעשות שימוש ביצירה.

56. והלוא אין ספק כי הכל יעדיפו לעשות שימוש ביצירה מוסיקלית בלא לשלם עליה ולו פרוטה שחוקה. ואפילו עשייה זו הינה שלא כדין – מה רבותא יש בכך, אם אין אותו מפר צפוי לסנקציה בגין מעשיו?

57. אלא שכל שבהליכי אכיפה עסקינן – שבה ומתחדדת בעיית עלויות העסקה.

58. על מנת לנהל הליכי אכיפה צריך היוצר לשאת בהוצאותיהן של פעולות רבות ויקרות: משאבים גבוהים במיוחד צריך אותו יוצר להשקיע באיתור הפרת-הזכות (ודוק: אין די שימצא הפרה של זכות יוצרים כלשהי. עליו למצוא, ומאוחר יותר – להוכיח, כי הופרה זכות היוצרים שלו)<sup>14</sup>. עוד יצטרך אותו יוצר לאתר את בעל-העסק שבו בוצעה הפרת הזכות, ולשם כך יזדקק, במרבית המקרים, לשירותיו של חוקר פרטי. לכך מצטרפות עלויות ניהול התביעה, על משאבי הזמן והחומר הצריכים לכך (לרבות שכירת שירותים משפטיים).

59. וברור כי כל תועלת לא תצמח ליוצר מנקיטה בהליכי אכיפה כאלה, אפילו זכה בהם, שכן העלויות הגבוהות הכרוכות בניהול אותם הליכים – יש בהן להכחיד גם כאן כל יתרון שעשויו היוצר לזכות בו בתום הדיון המשפטי.

### אקרים – מונופול טבעי

60. על-מנת לנהל זכויות יוצרים באופן מדויק והוגן ככל הניתן, כך שכל יוצר יקבל תמלוגים כמידת השימוש שנעשה בזכויותיו, דרוש מנגנון מורכב ומשוכלל הכרוך בהוצאות ניכרות.

61. מנגנון כזה צריך "להאזין" – באופן אנושי או ממוחשב – לאלפי היצירות המושמעות על-ידי גופי השידור<sup>15</sup>. עליו לאתר לגבי כל יצירה ויצירה מיהם בעלי הזכויות שלה<sup>16</sup>, ומה חלקו של כל בעל-זכויות ביצירה.

62. בשלב הבא צריך אותו מנגנון לזכות כל יוצר ויוצר – מתוך מאות-אלפי יוצרים קיימים! – בחלקו

---

<sup>14</sup> בכך יש להכשיל מהלכי אכיפה רבים: יוצר המבקש לאכוף את זכויותיו אינו יודע מראש, הרי, מתי והיכן תושמענה יצירותיו ללא רשות. גם אם ינהל עיקוב אחר בית-עסק פלוני הידוע ככזה העושה שימוש ביצירות מוסיקליות בלא רשות, ובלא שנקל ראש בעלויות הכרוכות בביצוע עיקוב יחיד כזה, הרי מרבית הסיכויים הם שלא ייגלה באותו ביקור דווקא יצירה של שבה נעשה שימוש בלתי חוקי. וכך יכולות להידרש פעולות אכיפה רבות עד אשר יעלה בידי היוצר לעלות על מקרה ראשון שבו הופרו זכויותיו הוא.

<sup>15</sup> בשנת 2003 איתרה המערכת שברשות אקו"ם 192,250 יצירות שונות שבהן נעשה שימוש (ישראליות וזרות). אם להתחשב בכך שביצירות רבות נעשה שימוש יותר מפעם אחת, עומד סך השימושים שאותרו על-ידי המערכת על 23,619,649 (נתון זו כולל ממצאי דגימות סטטיסטיות).

<sup>16</sup> בשנת 2003 אותרו 43,680 יוצרים (ישראלים וזרים) שבזכויותיהם נעשה שימוש.

היחסי בסך התקבולים ששולמו לאקו"ם<sup>17</sup>.

63. בשלב שלישי צריך המנגנון לאתר את האגודה-האחות שבה חבר כל יוצר, ולהעביר לאותה אחות את סך חלקם של החברים בה מתוך תקבולי אקו"ם, יחדיו עם פירוט חלקו של כל יוצר בסכום המועבר (בצוע החלוקה בפועל נעשה על-ידי כל אגודה-אחות לחבריה).

64. בנוסף נדרש מנגנון ניהול זכויות יוצרים להשתמש במערכת של דגימות סטטיסטיות על-מנת לזהות ולמין את השימוש שעושים מאות המשתמשים האחרים (שאינם תאגידי שידור) ביצירות המוסיקליות, וגם כאן נדרש אותו תהליך של איתור בעלי הזכויות, קביעת חלקם היחסי, איתור האגודה המנהלת את זכויותיהם, העברת חלקם היחסי לאותה אגודה, וכיוצ"ב.

65. לגבי חברה שלה נדרשת אקו"ם גם לנהל את חלוקת התקבולים שהצטברו אצלה, באופן יחסי, לכל חבר וחבר שנעשה שימוש ביצירתו (הכוונה לתקבולים הן ממשתמשים הקשורים עם אקו"ם והן מאגודות-אחיות שבארצותיהן נעשה שימוש ביצירות שבניהול אקו"ם), ובמסגרת זו היא מחלקת תמלוגים אף ליורשי היוצר וליורשי-יורשיו – עד 70 שנה לאחר פטירת היוצר.

66. על-פי ייעוץ שקיבלתי, מרבית ההוצאות הכרוכות בהפעלת מערכת כזו הן הוצאות קבועות (או חצי-קבועות), ולפיכך קיימים בפעילותה של אקו"ם יתרונות ממשיים לגודל.

67. ככל שגדל מספר היצירות המנוהלות על-ידי אקו"ם כך מתחלקות העלויות הקבועות הרבות שבתפעול המערכת על-פני מספר רב יותר של יצירות.

68. מאליו מובן, כי גם עלות הניהול הממוצעת ליצירה הולכת ופוחתת במערכת מעין זו ככל שגדל הרפרטואר המנוהל.

69. הוספת יצירה אחת נוספת למאגר היצירות המנוהל ע"י אקו"ם – לאחר מאות-אלפי היצירות

---

<sup>17</sup> לאחר ניכוי הוצאות תפעול ולאחר הפרשה בגובה 10% מחלקן של היצירות הזרות לטובת היצירה המקומית.

הנמצאות כבר במאגר, לאחר שההוצאות הקבועות על הקמת המערכת כבר הוצאו – עלותה השולית מתקרבת, שואפת, וכמעט נוגעת, באפס.

70. אך המערכת עצמה – זו יקרה מאד ותפעולה מגיע כדי מיליוני ש"ח רבים בשנה, כשסכום זה לעולם נגרע מן התשלומים המועברים ליוצרים.

71. בנסיבות אלה ודאי הוא, שאין כדאיות כלכלית בהקמת מערכת מקבילה לזו של אקו"ם שתשא בהוצאות עתק-משלה, שתייקר את העלויות הכרוכות בניהול זכויות יוצרים, ורק תשכפל את יכולתה הקיימת של אקו"ם.

72. אף זאת: לעיל נאמר כי הביקוש הקיים מצד המשתמשים הוא לרישיון-גורף, כזה שיאפשר להם עשיית שימוש ברפרטואר העולמי בלא שיצטרכו להתרוצץ בין אינספור יוצרים – בארץ ובח"ל – או בין ריבוי תאגידי ניהול להתקשר עם כל אחד ואחד מהם.

73. ואמנם, התרעומת הנשמעת מצד משתמשים אינה על ריכוזיות יתר של זכויות בידי אקו"ם, כביכול, אלא נהפוך הוא: **על ביזור הזכויות הקיים בין מספר תאגידי ניהול (אקו"ם כתאגיד לניהול זכויות יוצרים; אשכולות ו-עילם כתאגידים נוספים לניהול זכויות מבצעים<sup>18</sup>; הפדרציות לתקליטים כתאגידים לניהול זכויות ברשומות קול, וכך הלאה).**

74. ככל שתלויים הדברים במשתמשים (לפחות אלה המעוניינים להקפיד על הוראות החוק) – אין טוב להם מתאגיד אחד אשר בו יוכלו לרכוש, במרוכז, את כל הזכויות להשמעת כל היצירות בבחינת "One stop shop".

75. בנסיבות אלה, כך על-פי ייעוץ שקיבלתי, מהווה אקו"ם "מונופול טבעי".

---

<sup>18</sup> כאשר "אשכולות" מנהל את זכויות המבצעים הקוליים (זמרים, שחקנים ודומיהם), ו"עילם" מנהל את זכויות הנגנים.



76. בהקשר זה אעיר, כי תאגידי הניהול בעלי הרפרטואר הזר הגדול ביותר המושמע בישראל הן אגודות הניהול האמריקאיות – ASCAP ו-BMI. אך למרות שאגודות אלה חתומות על הסכמים לא בלעדיים עם אקו"ם, עדיין לא נמצא מעולם מי שביקש אותן שיעניקו לו רישיון לפעול מטעמן וגם הן מצידן לא יזמו מהלך שכזה.

אני מצהיר כי זהו שמי, זו חתימתי וכי תוכן תצהירי אמת.

  
יורם בן-דוד

אישור

**אורי שורק, עו"ד**

אני הח"מ מס' רשיון 27236, עו"ד, מאשרת בזה כי ביום 30.6.04 הופיע בפני יורם בן דוד המוכר לי אישית, ולאחר שהזהרתיו כי עליו להצהיר את האמת, וכי אם לא יעשה כן יהיה צפוי לעונשים הקבועים בחוק, אישר את נכונות הצהרתו דלעיל וחתם עליה בפני.

**אורי שורק, עו"ד**

מס' רשיון 27236

עו"ד