



רשות ההגבלים העסקיים

הכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 בדבר קיומו של מונופולין

הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

בהתאם לסמכותי לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: "החוק"), אני מכריז בזאת על הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן: "הפדרציה") כעל בעל מונופולין בשוק מתן רשיונות שימוש גורפים בזכות השידור של רשומות קול מוזיקליות¹ ובשוק מתן רשיונות שימוש גורפים בזכות ההשמעה הפומבית של רשומות קול מוזיקליות. הכרזה זו תהווה ראיה לכאורה לנכונות האמור בה בכל הליך משפטי. עיקר נימוקי ההכרזה מפורטים להלן.

א. ראשית דבר

סעיף 19 לחוק זכות יוצרים, 1911 מקנה לבעליה של רשומת קול (תקליט, תקליטור או הקלטה קולית אחרת) זכות יוצרים בה, בדומה לזכות היוצרים המוקנית לכל יצירה מוזיקלית. מכוחה של זכות זו, מוקנית לבעלי רשומת הקול הזכות הבלעדית להרשות את השמעתה בפומבי או שידורה.² ברגיל ניתנת הסכמה זו בתמורה לתשלום תמלוגים לבעלים ברשומת הקול, שהם בדרך כלל גופי ההפקה או חברות התקליטים שהפיקו את רשומת הקול (להלן ביחד: "המפיקים").

מספרם של המשתמשים ברשומות הקול רב מאוד. גופי שידור, בתי מלון, מסעדות, גני אירועים ובתי עסק אחרים, עושים שימוש ברשומות קול ונוזקים לרשיון מכל אחד מבעלי הזכויות. התקשרות פרטנית בין כלל המשתמשים ובין כל אחד מהמפיקים כרוכה בעלויות עסקה, שפעמים רבות הופכות אותה לבלתי כדאית מבחינה כלכלית.³ השמירה על ערכן הכלכלי של זכויות היוצרים, כרוכה גם בהשקעת משאבים למעקב אחר שימושים בלתי מורשים בזכויות ולנקיטת צעדים משפטיים לאכיפת החוק על המפירים.

במענה לקושי זה, הוקמו במדינות רבות בעולם תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים. תאגידי הניהול המשותף מקבלים מבעלי הזכויות החברים בהם היתר להעניק בשמם רשיונות לביצוע פומבי ושידור של יצירותיהם. תאגיד הניהול המשותף מציע למשתמשים רשיונות לעשות שימוש גורף

¹ בהחלטה זו, "רשיונות שימוש גורפים בזכות השידור" – לרבות רשיונות להעתקה לצורכי שידור (Dubbing), רשיונות לשילוב רשומות קול בתכנים משודרים ("סינכרוניזציה") ורשיונות לשימור ארכיוני ותיעוד של תכני שידור.

² כמו גם זכויות נוספות כגון זכות ההעתקה, שאינן מנוהלות על ידי הפדרציה ולכן גם אינן רלבנטיות לצורך הכרזה זו.

³ מטעם זה נתפסו תאגידי הניהול המשותף כגורם מתווך חיוני לשם ביצוע התקשרויות ביצירות מוזיקליות (והיו אף שראו בהם סוג של מונופולין טבעי). עם זאת, ההתפתחות הטכנולוגית המואצת של השנים האחרונות מעצבת מחדש את דפוסי הצריכה של יצירות מוזיקליות, באופן שעשוי להשפיע גם על היכולת לקיים בעתיד התקשרויות פרטניות יעילות, מבלי להיזקק לתיווכו של תאגיד הניהול המשותף.

בכלל היצירות המנוהלות על ידו (רשיונות אלה יכנונו להלן גם: "רשיונות שמיכה") ומנהל עבור החברים בו את פעולות הגביה של התמלוגים, מעקב אחר הפרות של הזכויות המנוהלות על ידו ונקיטת צעדים משפטיים כנגד גורמים המפירים את הזכויות האמורות. הפדרציה היא תאגיד ניהול משותף, אשר הוקם בכדי לתת מענה כולל לניהול זכויות היוצרים ברשומות קול.⁴ הפדרציה קיבלה מחבריה, מפיקים וחברות תקליטים, מהארץ ומהעולם, את הזכות להתיר השמעה פומבית ושידור של רשומות קול המצויות בבעלותם.⁵ הפדרציה מעניקה למשתמשים שונים רשיונות שמיכה, אשר מתירים שימוש בכלל הרפרטואר המצוי בידה, ללא הגבלה על מספר השימושים או זהות היצירות בהן נעשה שימוש. רשיונות השמיכה ניתנים עבור תמלוגים המשתלמים לפדרציה ומחולקים בין חבריה, לפי מפתח מוסכם. נוסף על מתן רשיונות וגביית תמלוגים, מנהלת הפדרציה פעולות מעקב ואכיפה כנגד גופים המפירים את זכויות היוצרים של חבריה, ומייצגת את עניינם של חבריה במגעים למול רשויות שלטון שונות.

בפסק דין מקיף מיום 29 באפריל 2004, קבע בית הדין להגבלים עסקיים (להלן: "בית הדין"), כי קיומה ופעולתה של הפדרציה, בהסדר כובל יסודם.⁶ כן נקבע, כי הסדרים אלה מקימים לפדרציה מעמד מונופוליסטי ביחסיה עם המשתמשים.⁷ עם זאת, נוכח התועלות הגלומות בפעולתה של הפדרציה, התיר בית הדין את פעילותה, בכפוף לתנאים מגבילים שמטרתם לרסן את כוח השוק הנתון לה. בין השאר, הותנה ההיתר בכך שהפדרציה תוכרז כבעלת מונופולין, כך שתובהר תחולתן של כלל החובות הקבועות בפרק המונופולין בחוק על הפדרציה.⁸ הכרזה זו נעשית אפוא כצעד משלים ונלווה לפסק דינו של בית הדין.

ב. השווקים הרלבנטיים

הפדרציה מציעה כאמור רשיונות שימוש גורפים, לביצוע פומבי או לשידור, של כלל הרפרטואר המנוהל על ידה. לפי דיני ההגבלים העסקיים, השווקים הרלבנטיים לפעילותה צריכים לכלול את כלל המוצרים, שהם תחליפים קרובים, ישירים ומשמעותיים לרשיונות אלה.⁹

⁴ בעת הקמתה של הפדרציה כבר פעל בארץ תאגיד ניהול משותף של זכויות יוצרים אחרות - אקו"ם אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוזיקה בישראל. למעמדו של אקו"ם בראי חוק ההגבלים העסקיים, ראה קביעה לפי סעיף 43 (א) (1) והכרזה לפי סעיף 26 (א) לחוק ההגבלים העסקיים בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין: אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוזיקה בישראל, 2004, **הגבלים עסקיים** 3020033.

⁵ על חברי הפדרציה נמנות, בין השאר, שלוש חברות התקליטים הגדולות: הליקון, הד ארצי ו-NMC. הפדרציה גם מייצגת את הרפרטואר המוזיקלי של חברות התקליטים הגדולות בארה"ב (ה-Majors).

⁶ ה"ע 3574/00, 3666/00 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, דינים מחוזי לד (4), 175 (להלן: "**פסק דין הפדרציה**").

⁷ כפי שציין בית הדין: "אין חולק על כך שהפדרציה הישראלית הנה בעלת מונופולין בשוק השיווק של רשיונות השמעה ושידור של רשומות קול", ראה פסק דין הפדרציה, לעיל הערה 5, פסקה 59.

⁸ פסק דין הפדרציה, לעיל הערה 5, פסקה 113 לפסק הדין.

⁹ וראה גם ערר 7/95 "**בזק**" **החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים עסקיים**, דינים מחוזי לב(1) 66.

החלת מבחן תחליפיות הביקוש הצולבת מביאה בענייננו למסקנה, כי השווקים הרלבנטיים לפעילותה של הפדרציה הם שניים: האחד, **שוק מתן רשיונות גורפים בזכות ההשמעה הפומבית של רשומות קול מוזיקליות** והשני, **שוק מתן רשיונות גורפים בזכות השידור של רשומות קול מוזיקליות**. אסביר בקצרה את הדברים.

ב.1. מה בין רשיונות גורפים ורשיונות פרטניים?

כאמור לעיל, הפדרציה מציעה לציבור המשתמשים רשיונות שמיכה, אשר מאפשרים שימוש בלתי מוגבל בכלל רפרטואר הפדרציה. רשיון השמיכה מאפשר למשתמשים להסדיר, בהתקשרות אחת, את השימוש שלהם ברפרטואר נרחב של רשומות קול ובכך מוזיל ומפשט את הליכי הרישוי. רשיון השמיכה גם מוזיל את עלויות האכיפה של זכויות היוצרים, שכן הוא מייתר את הצורך במעקב אחר השימושים הנעשים על ידי עסק המצויד בו.¹⁰ נוכח הפערים בעלויות העסקה, המעקב והאכיפה בין רשיונות פרטניים ובין רשיונות שמיכה, אין הרשיון הפרטני בבחינת תחליף קרוב מספיק לרשיונות השמיכה, למעט במקרים מסוימים.

לעיתים תועדף על ידי משתמשים התקשרות פרטנית המתייחסת לרפרטואר ספציפי, על פני רכישת רשיון שמיכה. הפדרציה אינה מעניקה אומנם רשיונות פרטניים, אולם תנאי ההיתר לפעילותה מבטיחים את יכולתם של המשתמשים לקבל רשיונות כאלה מהמפיקים החברים בה.¹¹ עם זאת, נוכח היתרונות המשמעותיים הגלומים ברשיון השמיכה ואופי השימוש המקובל בזכויות היוצרים, מהווה מוצר זה מוצר נפרד ושונה מרשיון פרטני.¹² ודוק, אף אם לצרכים מסוימים מהווה רשיון פרטני תחליף קרוב לרשיון שמיכה, הרי שהיקף ההרשאות הפרטניות בטל בשישים ביחס להיקף ההרשאות באמצעות רשיונות שמיכה,¹³ כך שאין בדבר לשנות ממעמדה המונופוליסטי של הפדרציה.

ב.2. השמעה פומבית להבדיל משידור

זכות היוצרים ברשומת הקול חולשת על מגוון שימושים אפשריים בה. העתקת היצירה, שידור היצירה לציבור וביצוע של היצירה בפומבי, כל אלה שימושים הטעונים היתר מבעל הזכות. ודוק, כל שימוש עומד בפני עצמו וטעון רשיון נפרד משל עצמו.

כך למשל, גורם המעוניין לשדר רשומת קול אינו יכול להצטייד במקום זאת ברשיון לבצוע בפומבי. בדומה, רשיון שידור אינו מחליף רשיון לביצוע פומבי. כך למשל, אם מבקש גן אירועים להשמיע מוסיקה ללקוחותיו, אין הוא יכול להצטייד ברשיון לשידור היצירות וחייב הוא לקבל רשיון לביצוע

¹⁰ רשיון פרטני מצריך מעקב אחר נתינתו, בכדי לוודא שמקבל הרשיון אינו משתמש בזכויות יוצרים החורגות מגבולות ההיתר.

¹¹ דוגמה לכך תמצא ברשיון ההשמעה הפומבית שניתן בעבר לפלאפון על ידי הד ארצי, לצורך הפעלת שירות "שיר באויר" למנויי פלאפון.

¹² ראה גם פסק דין הפדרציה, לעיל הערה 5, פסקאות 22-24.

¹³ ראה גם פסק דין הפדרציה, לעיל הערה 5, פסקה 57 ודבריו של המלומד Hovenkamp המובאים שם.

פומבי שלהן. מנגד, לצורך שידור תוכניות שעושות שימוש ברשומות קול מוזיקליות, נדרשים גופי השידור השונים (רשות השידור, גלי צה"ל, הרדיו האיזורי, חברות הכבלים, חברת הלוויין ועוד) להצטייד ברשיונות שידור ואין בידם להחליף רשיון זה ברשיון ביצוע פומבי.

לכן, מנקודת מבטו של המשתמש, רשיון הניתן לשם שידור של היצירה אינו תחליפי לרשיון הניתן לצורכי ביצוע פומבי שלה. העלאת מחירם של רשיונות הביצוע הפומבי לא תמצא מענה ברכישת רשיונות שידור, ולהפך.

3. רשיונות שימוש ברשומות קול להבדיל מרשיונות שימוש ביצירה המוזיקלית עצמה

חוק זכות יוצרים מקנה הגנת זכות יוצרים למגוון המרכיבים של יצירה מוזיקלית. המלל, הלחן והעיבוד, כולם נושא להגנת זכות יוצרים לפי החוק, זכות שהיא **עצמאית ונפרדת** מזכות היוצרים הניתנת ברשומת הקול.

עסק אשר מבקש להשמיע בפומבי או לשדר רשומת קול שטבועה בה יצירה מוזיקלית, צריך לקבל היתר לכך הן מהבעלים ברשומת הקול והן מהבעלים השונים ביצירה עצמה (המלחין, המחבר, המעבד וכו'). משכך, אין ברשיון הניתן על ידי אקו"ם, **אשר מתייחס לזכויות היוצרים ביצירה עצמה**, משום תחליף לרשיון הניתן על ידי הפדרציה. זה לחוד וזה לחוד.

פועל יוצא מכל האמור הוא, כי לצורך הכרזה זו יש לאמוד את חלקה של הפדרציה במתן רשיונות גורפים לביצוע פומבי של רשומות קול מוזיקליות ובמתן רשיונות גורפים לשידור של רשומות קול מוזיקליות.

ג. הפדרציה – בעלת מונופולין

מתן רשיונות שמיכה לשימוש ברשומות קול מוזיקליות על דרך שידור או ביצוע פומבי, נעשה כיום על ידי שני ארגוני זכויות. בצד הפדרציה, פועלת כיום בישראל גם הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (להלן: "**הפי"ל**").

הפי"ל, בדומה לפדרציה, פועלת כתאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים ברשומות קול מוזיקליות, גובה תמלוגים עבור חבריה ואוכפת את זכויותיהם בערכאות המתאימות. הפי"ל מחזיקה ברפרטואר יצירות נבדל מזה של הפדרציה ואף לה נתון כוח מיקוח משמעותי אל מול ציבור המשתמשים. על כן, התנה בית הדין להגבלים עסקיים את האישור שניתן לפעילותה בתנאים מרסנים, דומים במהותם לאלה שהוטלו על הפדרציה.

לצורך הכרזה זו, איני נדרש להכריע בשאלה אם יש לראות ברשיון הניתן על ידי הפי"ל משום תחליף **ישיר, קרוב ומשמעותי** לרשיון הניתן על ידי הפדרציה, **בכל הקשר ועניין**.¹⁴ לפדרציה נתח שוק מונופוליסטי בין אם מכלילים בשוק הרלבנטי את הפי"ל ובין אם לאו.

¹⁴ נראה כי במקרים רבים מהווה רשיון השמיכה שמציעה הפי"ל מוצר משלים לרשיון השמיכה שמציעה הפדרציה, וככזה – מוצר המגבש שוק נפרד מזה בו פועלת הפדרציה (ולכך נפקויות אפשריות לעניין מעמדה של הפי"ל בראי פרק

היקף התמלוגים המשתלמים לפדרציה עבור הרפרטואר המוזיקלי המנוהל על ידה (שכולל כאמור את הרפרטואר המוזיקלי של חברות התקליטים הגדולות בארץ ובעולם) עולה בהרבה על זה הנגבה כיום על ידי הפי"ל. בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה, כי **חלקה של הפדרציה בסך עוגת התמלוגים הנגבים עבור רשיונות שמיכה לשידור ולביצוע פומבי של רשומות קול מוזיקליות עולה בהרבה על מחצית**. מכך מתחייבת המסקנה, כי הפדרציה היא בעלת מונופולין בשווקים האמורים.

ד. סוף דבר

לאור כל האמור לעיל, הנני מכריז בזאת על הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ כעל בעל מונופולין בשוק מתן הרשיונות הגורפים בזכות ההשמעה הפומבית של רשומות קול מוזיקליות ובשוק מתן הרשיונות הגורפים בזכות השידור של רשומות קול מוזיקליות. הכרזה זו תפורסם ברשומות.

בהתאם לסעיפים 26(א) ו-43(ג) לחוק, רשאית הפדרציה לערור על הכרזה זו לפני בית-הדין להגבלים עסקיים בתוך 30 ימים מיום שהומצאה לידיה.

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, י"ד שבט תשס"ה

24 בינואר 2005