



רשות ההגבלים העסקיים

"וראיתי אני את כל עמל

ואת כל כשרון המעשה כי היא קנאת איש מרעהו..." קהלת, ד"ד.

קביעה לפי סעיף 43(א)(1) והכרזה לפי סעיף 26(א)

לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988

בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין:

אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ

1. מבוא

בישראל פועלים תאגידים שונים לניהול משותף של זכויות יוצרים (להלן: "תאגידים לניהול משותף"). בדיקה מקיפה שנערכה בשנים האחרונות ברשות ההגבלים העסקיים, ביססה את המסקנה כי הקמתם ופעולתם של תאגידים לניהול משותף כרוכה בהסדרים כובלים, וכי לרוב מבססים הסדרים אלה לתאגידים אלה מעמד מובהק של בעל מונופולין כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 (להלן: "חוק ההגבלים העסקיים").¹

במהלך הבדיקה הגיעו לרשות ההגבלים העסקיים תלונות רבות לגבי פעולתה של אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (להלן: "אקו"ם"). תלונות אלה נתקבלו מלקוחותיה של אקו"ם – העושים שימוש ביצירות מוגנות (להלן: "היצירות") במהלך עסקיהם וחייבים, על פי דין, בהסכמת בעלי זכויות היוצרים (להלן: "משתמשים"), וגם מחברי אקו"ם עצמם, אשר באו בתלונות כנגד פרקטיקות אנטי תחרותיות בהן נוקטת אקו"ם כלפיהם.

לאחר שבחנתי את מכלול מאפייני פעולתה של אקו"ם ובשים לב לממצאי בדיקת הרשות, הגעתי לכלל מסקנה, כי פעולתה של אקו"ם (שאינה אלא בבואתם המשותפת של היוצרים בשתפם פעולה יחדיו) שזורה בהסדרים כובלים בין בעלי זכויות יוצרים לבין עצמם ובינם לבין אקו"ם וכי הסדרים אלה, אשר לא הותרו ולא הופטרו, הקימו לאקו"ם מעמד של בעלת מונופולין, כאמור בסעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים בכל אחד מן השווקים הבאים: 1. ניהול של זכות השידור ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 2. ניהול של זכות הביצוע הפומבי ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 3. ניהול של זכות ההעמקה ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 4. ניהול של זכות ההקלטה ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 5. ניהול של זכות הסינכרוניזציה ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה.

הטעמים להחלטתי זו מפורטים להלן.

¹ בעקבות מסקנה זו, ולאחר שנבדקו ההסדרים הפרטניים הנוגעים להם, ביקשו שני תאגידים את אישור בית הדין להגבלים עסקיים לפעילותם: הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ("הפדרציה") והפדרציה הישראלית למוסיקה ים תיכונית בע"מ ("הפ"ל"). כיום פועלים תאגידים אלה מכוח תנאים אשר הושתו עליהם, במסגרת היתר זמני, על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, ואשר נועדו לרסן את כוחם ולמנוע ניצולו לרעה. ה"ע 3666/00, 3574 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח', 2000 הגבלים עסקיים 3012538



רשות ההגבלים העסקיים

2. הבסיס התיאורטי לתאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים

ביסודם של דיני זכויות היוצרים מצוי האינטרס החברתי בתמרוץ היצירה. הדבר נעשה באמצעות הענקת זכות בלעדית ליוצר לקטוף את כל פירות יצירתו, במשך תקופה מוגבלת, ובמניעת מצב בו "האחד זורע והאחר – ללא עמל משלו – קוצר".²

אופייה המיוחד של זכות היוצרים מאפשר ליוצר לקטוף את פירות יצירתו באופן מסחרי על ידי מתן רשיונות למשתמשים לעשות ביצירה שימושים שונים (ביצועה בפומבי, שידורה, הקלטתה ועוד). אלא, שבמציאות העסקית-טכנולוגית המודרנית, כאשר עסקין בשימוש מסיבי במגוון רחב של יצירות, מימוש כלכלי של זכות היוצרים על ידי כל בעל זכויות בנפרד, כמו גם אכיפתה, כרוך בעלויות רבות.³ יתרון של התאגידים לניהול משותף בארץ ובעולם, נעוץ, בעיקר, ביכולתם להעניק למשתמשים שונים רשיונות המכונים "רשיון שמיכה" (Blanket License), המאפשרים למשתמשים לעשות שימוש בכל היצירות שברפרטואר התאגיד ללא הגבלה על כמות היצירות בהן נעשה שימוש, או על זהותן, כנגד תשלום (להלן: "רשיונות גורפים" או "רשיונות שמיכה").

3. פעילות אקו"ם

3.1 כללי

זכויות היוצרים של היוצרים והיקפן בישראל מוגדרים בחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: "חוק זכויות יוצרים")⁴ ובפקודת זכות יוצרים, 1924 (להלן: "פקודת זכויות יוצרים").⁵ סעיפים 1 ו-2 לחוק זכויות יוצרים קובעים את היקף הזכות של בעליה, ואת היקף החובות המוטלות על הציבור בקשר לזכויות אלה. כמו בכל מקום בעולם, גם דיני זכויות היוצרים הנהוגים בישראל קובעים, כי קיימת זכות למניעת שימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים ללא הסכמה של בעל הזכות. נקודת המוצא להחלטת זו היא, כי הגנתה של זכות היוצרים מחייבת אכיפת החובה לקבל הסכמת היוצר לשימוש ביצירתו. הסכמה זו, ברגיל, ניתנת בתמורה לתשלום תמלוגים. שימוש ביצירה מוגנת, ללא הסכמתו של בעל זכות היוצרים בה, מהווה הפרת זכות יוצרים, ועלולה לחשוף את המפר לחבות אזרחית ואף לסנקציה פלילית.

אקו"ם, אשר הוקמה בשנת 1936 לצורך ניהולן המשותף של זכויות יוצרים, היא תאגיד משותף לחבריה. למעשה אקו"ם אינה אלא כלי בידי בעלי זכויות היוצרים לניהול משותף של זכויותיהם אלה. בפועל מעבירים חברי אקו"ם את זכויות היוצרים שלהם בכל היצירות שלהם לאקו"ם, באופן בלעדי, ואילו אקו"ם, היא המממשת את זכויות חבריה. מימוש זה נעשה על דרך הענקת רשיונות

² רע"א 5768/94 א.ש.י.ר. יבוא יצור והפצה נ' פורום אביזרים ומוצרי צריכה בע"מ, פ"ד נב(4), 289, 472 פסקה 23 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ברק, וראה גם: רע"א 61641/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, תק-על 2003(1), 153, 155, ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros S.A ואח', פ"ד מח(4), 133, 161.

³ אין אני מתייחס כאן לסיטואציות, אשר גם הן מתרחשות מעת לעת, בהן היוצר נהנה מיתרון לגודל מכך שבידיו מספר גדול של יצירות. יוצר זה עשוי, בנסיבות מסוימות, לנהל ולאכוף את זכויותיו, ללא עזרתו של התאגיד לניהול משותף.

⁴ חא"י, כרך ג', עמ' (ע) 2633 (א) 2475.

⁵ חא"י, כרך א' (ע) 364, (א) 389.



רשות ההגבלים העסקיים

שימוש עבור השימושים השונים הקיימים בזמן נתון בשוק, גביית תמלוגים עבור שימושים אלה, חלוקתם בין חברי אקו"ם ואכיפת הזכויות במקרים בהם מופרות זכויות היוצרים של החברים.

אקו"ם קשורה בהסכמים עם כ- 160 אגודות או חברות בארצות אחרות, שמטרתיהן דומות לאלה של אקו"ם (להלן: "**אגודות אחיות**"). כפי שיובהר להלן, הסכמים אלה מאפשרים לאקו"ם לנהל בישראל (לרוב באופן בלעדי) את זכויות היוצרים המנוהלות על ידי האגודות האחיות. כך מיוצגים על ידי אקו"ם למעלה ממיליון וחצי יוצרים, ובלשונה של אקו"ם: "**מאגר היצירות שבידי אקו"ם מכיל כמעט כל יצירה שנכתבה אי פעם**".⁶ שליטה זו של אקו"ם – על יצירות מבית ומחוץ – היא המבססת לה מעמד של בעל מונופולין כמפורט להלן.

3.2 החברים באקו"ם

כיום חברים באקו"ם כ-4,600 יוצרים, מלחינים, פזמונאים, מעבדים, סופרים, משוררים, תסריטאים, יורשים של מי מהם⁷ (להלן: "**היוצרים**") ומו"לים למוסיקה (להלן: "**מו"לים**") תושבי ישראל⁸ (יחדיו להלן: "**חברים**"), הזכאים לקבל מניה בחברה בכפוף לעמידתם בקריטריונים מסוימים.

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. כך למשל, מקום בו ראובן כתב יצירה, שמעון הלחין אותה, ולוי עיבד אותה, ייחשבו שלושתם, מכוח הדין הישראלי, לבעלי זכויות יוצרים ביצירה.

המו"ל מתקשר בהסכם עם היוצר החפץ בשירותיו⁹ ועיסוקו העיקרי הוא בהוצאה לאור, הפצה וקידום מסחרי של יצירותיו של היוצר בישראל ובכל מדינות העולם. פעולותיו של המו"ל יכללו, למשל, את הוצאתו לאור של ספר יצירותיו של היוצר, הדפסת תווי יצירותיו, הוצאת תקליטי אוסף מיצירותיו, הצעת יצירותיו לתוכניות טלוויזיה שונות (משלוח תקליטי שדרים), שילובם בשידורי

⁶ ראה אתר האינטרנט של אקו"ם www.acum.org.il.

⁷ בהתאם לסעיף 4(5) לפקודת זכויות יוצרים התקופה, שבה תהא זכות יוצרים קיימת, כוללת את ימי חייו של המחבר וכן שבעים שנה מיום מותו. מכאן שבמשך תקופה זו, זכאים יורשיו של היוצר לקבלת תמלוגים עבור יצירותיו.

⁸ באקו"ם חברים גם "**בעלי מניית חברות לישראל בלבד**". הכוונה היא ליוצרים, שאינם תושבי ישראל, או למו"לים, שמשדרם הראשי אינו מצוי בישראל, החברים באחת האגודות האחיות, אשר העבירו לאקו"ם את כל הזכויות שבטיפולן, לפחות לגבי מדינת ישראל, וכן לתושבי ישראל שהדירקטוריון של אקו"ם החליט, לפי שיקול דעתו הבלעדי, לקבלם כחברים לישראל בלבד.

⁹ בהתאם לנוהג בתעשייה, מעביר היוצר, במסגרת הסכם זה, את כל זכויותיו ביצירותיו המוסיקליות למו"ל וזאת בכפוף להעברת זכויותיו לאקו"ם. מכאן שלמו"ל "זכויות מסדר שני" בכל הנוגע לכלל היצירות של היוצר שהזכויות בהן הועברו לאקו"ם, בעוד שבכל הנוגע ליצירות, שהזכויות בהן לא הועברו לאקו"ם, אין זכויותיו של המו"ל כפופות לאלה של אקו"ם. כך למשל, זכות הביצוע הפומבי ביצירה מסוימת אשר הועברה למו"ל, תהא כפופה לזכותה של אקו"ם, בעוד שזכויות אחרות, שאינן מנוהלות על ידי אקו"ם באותה יצירה, דוגמת זכות התרגום של היצירה המוסיקלית, יועברו אל המו"ל ללא כל סייג.



רשות ההגבלים העסקיים

פרסומת בתקשורת האלקטרונית ועוד¹⁰. המו"לים גם הם בעלי זכויות יוצרים ואף הם נמנים על חברי אקו"ם.

3.3 העברת הזכויות מהיוצרים והמו"לים באופן בלעדי לאקו"ם

תקנון אקו"ם קובע, כי כתנאי להקצאת מניה באקו"ם, חייב היוצר לחתום על כתב העברה בנוסחים אחידים הנקבעים על ידי דירקטוריון אקו"ם מפעם לפעם¹¹. עם החתימה על כתב ההעברה, מועברות זכויות היוצרים ביצירותיו של החבר לאקו"ם, וזאת בהתאם להוראות סעיף 25(2) לחוק זכויות יוצרים. כלל מחייב הוא כי כתב העברה זה מפורש בהתאם להוראות תקנון אקו"ם.

הזכויות המועברות מהיוצרים לאקו"ם מנוסחות באופן רחב ביותר והן מנויות ומפורטות בסעיף 1 לכתב העברה: זכות הביצוע הפומבי של היצירות¹², זכות ההסרטה של היצירות (להלן: "זכות ההסרטה" או "זכות הסינכרוניזציה")¹³, זכות השידור של היצירות¹⁴, זכות הטביעה (הקלטה) של היצירות¹⁵, זכות ההעתקה של היצירות¹⁶ וזכות ההשכרה וההשאלה של היצירות¹⁷.

¹⁰ לעניין תפקידי המו"ל ר' ה"פ 133/02 שלום חנוך נ' אסנת הוצאה לאור בע"מ, (טרם פורסם), ניתן ביום 19.6.2003.

¹¹ סעיף 10.1 ש.ם. בנוסף, קובעת תקנה 10.6 לתקנון אקו"ם כי אקו"ם זכאית לדרוש מאת בעלי המניות לחתום על כתב העברה נוסף בנוסח שייקבע על ידי הדירקטוריון מפעם לפעם, ובעל המניה יחויב לחתום על כתב העברה שכזה, בהתאם לדרישת הדירקטוריון. במקרה שלא יחתום בעל המניה על כתב העברה כנדרש, רשאי הדירקטוריון לעכב כל תשלום המגיע לבעל המניה מהחברה, וזאת עד למילוי חובתו זו.

¹² בתקנון אקו"ם מוגדרת הזכות כך: "פירושה וכוללת, מלבד היוצאים מן הכלל המפורטים להלן, את הזכות לבצע בציבור בכל חלקי תבל, בכל האמצעים ובכל צורה שהיא, ובשיטות הידועות כיום ושיפותחו בעתיד, ובכלל זה שידורי רדיו ושידורי טלוויזיה, כל יצירה מרפרטואר החברה; הזכות אינה כוללת את הזכות לבצע או להרשות ביצוע בימתי של יצירות דרמטיות ויצירות דרמטיות מוסיקליות בשלמותן או בחלקים מהותיים".

¹³ בתקנון אקו"ם מוגדרת הזכות כך: "פירושה הזכות להקליט יצירה מוסיקלית או ספרותית בפס קול של יצירה אור קולית, לכל צורך שהוא, לרבות שימוש במחשב או כל שימוש אחר הקיים היום ושיפותחו בעתיד, אך לא כוללת אחת מאלה: 1. הסרטת יצירה דרמטית או דרמטית מוסיקלית בשלמותה או בחלקים מהותיים, אולם, הסרטת היצירות המוסיקליות עם או בלי מלים, בנפרד – נכללת בזכות ההסרטה; 2. הסרטת יצירה ספרותית שעובדה לתסריט; 3. הסרטת יצירה שחברה במיוחד בעבור היצירה האור קולית, למעט שיעתוקה של יצירה מוסיקלית שחברה במיוחד כנ"ל, עם או בלי מלים שבפס הקול, לצורכי הפצת קלטות או התקנים אחרים לציבור; אולם, ביצירה מוסיקלית, שהוזמנה לצורך שידור בלבד, זכות ההסרטה לצורך הפקת קלטות או התקנים אחרים המיועדים להפצה לציבור, שייכת לחברה".

¹⁴ בתקנון אקו"ם מוגדרת הזכות כך: "פירושה הזכות להעביר או להפיץ, בין קווית, בין אלחוטית ובין בכל דרך שהיא, בין שהיא קיימת היום ובין שתומצא או שתונהג בעתיד, צלילים או תמונות או שילוב של צלילים ותמונות לציבור, לרבות שידור טלוויזיה, העברה באינטרנט וכן שידור שבו אדם משדר שידור של אדם אחר והנעשה בו זמנית עם השידור של האחר".

¹⁵ בתקנון אקו"ם מוגדרת הזכות כך: "פירושה הזכות להקליט יצירות באמצעים הידועים כיום ושיפותחו בעתיד והכוללים הקלטת קול או הקלטת תמונות עם קול, כולל שעתוק היצירות".

¹⁶ בתקנון אקו"ם מוגדרת הזכות כך: "פירושה הזכות להעתיק בכל אמצעי או צורה שהיא, יצירות או חלק מהן, כפי שהן במקורן או לאחר עיבוד ועריכה, לאחר שהודפסו ויצאו לאור במהדורה אחת לפחות. זכות ההעתקה לא תחול כאשר ההעתקה הנדרשת היא של רומן או מחזה בשלמותם, קובץ של יצירות שכולן של אותו מחבר, ואו של יצירה מוסיקלית בשלמותה, שאינה לחן, עם או בלי מילים".

¹⁷ בתקנון אקו"ם מוגדרת הזכות כך: "פירושה הזכות להשאל או להשכיר עותק מוקלט של יצירה לצורכי מסחר". כפי שיובהר להלן, לא כל חברי אקו"ם העבירו זכות זו לטיפול של אקו"ם.



רשות ההגבלים העסקיים

בנוסף, קובע נוסח כתב ההעברה של אקו"ם כי העברת זכויות היוצרים של היוצר לאקו"ם מתייחסת הן ליצירות הגמורות והן לבלתי גמורות, הן ליצירות אותן כבר יצר והן ליצירות אותן ייצור בעתיד, הכל ללא הגבלת זמן.¹⁸

העברת זכויות היוצרים לאקו"ם היא בלעדית. הדבר נלמד הן מעצם טבען של זכויות היוצרים וסיווגן כזכויות קנייניות, והן מלשון כתב ההעברה, אשר להסרת כל ספק, קובע זאת מפורשות:

"אני, הח"מ, חבר אקו"ם, תמורת כל הזכויות והשירותים שקיבלתי ומקבל מאקו"ם בע"מ (אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל) מעביר בזה לאקו"ם באופן בלעדי את זכויות היוצרים המפורטות מטה לגבי כל יצירותי הגמורות והבלתי גמורות אשר יציתי ואשר אצור בעתיד בתור מלחין ו/או מחבר..."

מקרה בו מנהל תאגיד לניהול משותף יחיד מגוון רחב כל כך של זכויות יוצרים ביצירות, הן מוסיקליות והן ספרותיות (וכתוצאה מכך מעניק רשיונות שימוש עבור מגוון רחב כל כך של שימושים), הוא מקרה נדיר. ברוב מדינות העולם מנוהלות זכויות היוצרים שביצירות אלה על ידי מספר תאגידים לניהול משותף.¹⁹

3.4 ניהול זכויות יוצרים על ידי החברים במהלך חברותם באקו"ם – תיקונים בעקבות

בדיקת רשות ההגבלים העסקיים

ביום 14 באפריל 2003, בעקבות בחינת הרשות את פעילותה של אקו"ם בראי חוק ההגבלים העסקיים, אישרה האסיפה הכללית של אקו"ם שני תיקונים בתקנון, אשר מצאו את עיגונם בתקנה 10.1 לתקנון אקו"ם. תיקונים אלה נוגעים במהותם ליכולת התקשרותם של החברים באקו"ם בעסקאות פרטניות עם משתמשים, עוד במהלך חברותם באקו"ם:

- **התיקון הראשון**, מאפשר לבעל מניה שלא להעביר לאקו"ם, במועד חתימתו על כתב ההעברה זכויות מסוימות²⁰, לגבי כל יצירותיו או לגבי סוג יצירות מיצירותיו²¹, לגבי משתמש או

¹⁸ על מנת להבטיח את העברת הזכויות ביצירות העתידיות של החבר לאקו"ם, נקבע בתקנה 10.4 לתקנון אקו"ם, כי בעל מנייה חייב להודיע לאקו"ם, אחת לתקופה שתיקבע על ידי דירקטוריון אקו"ם, על כל יצירה שחיבר, ואם יימנע החבר מלעשות כן, רשאי יהיה הדירקטוריון שלא לכלול יצירה זו במסגרת היצירות הזכאיות להשתתף בחלוקת התמלוגים, שתבצע על ידי אקו"ם.

¹⁹ כך למשל, בצרפת פועלות ארבע אגודות אשר כל אחת מהן מטפלת בזכויות יוצרים שונות ומעניקה רשיונות עבור שימושים השונים מהשימושים הכלולים ברשיונות המוצעים על ידי רעותיה: SACEM – זכויות ביצוע, SDRM – זכויות מכניות (הקלטה), SCAM – זכויות ספרותיות, SADC – זכויות דרמטיות.

²⁰ ואלה הזכויות בהתאם להגדרת אקו"ם: זכות הביצוע הפומבי, זכות השידור ברדיו, זכות השידור בטלוויזיה, זכות השידור באמצעות כבלים או לוויין, זכות ההסרטה, זכות ההסרטה לצורכי פרסומת, זכות הטביעה של יצירה ללא שילוב תמונה, זכות ההעתקה, זכות ההשכרה או ההשאלה וזכויות השימוש הנובעות מהתפתחויות טכנולוגיות שיקרו בעתיד.

²¹ ואלה סוגי היצירות לפי הגדרת אקו"ם: מוסיקה קונצרטית, מוסיקה קאמרית, מוסיקה ווקלית, מוסיקה תזמורתית, אופרה, מוסיקה פופולרית, זמרירם, מוסיקה למחזות זמר, פזמונים, מערכונים, תסריט, תסכית, שירה, סיפורת, מחזאות, דיבוב.



רשות ההגבלים העסקיים

משתמשים מסוימים, ובלבד שבעל המנייה יעביר לאקו"ם זכויות ביצירות כלשהן (להלן: **"מנגנון ההעברה החלקית"**)²².

▪ **התיקון השני**, מאפשר לבעל מניה להודיע בכל עת לאקו"ם על רצונו ליטול לעצמו חזרה זכות מהזכויות המפורטות בתקנון לגבי כל יצירותיו או לגבי אחד או יותר מסוגי היצירות המפורטים לעיל, ובלבד שבעל המניה ישאיר בידי אקו"ם זכויות כלשהן בסוגי יצירות כלשהם (להלן: **"מנגנון ההחזרה"**)²³.

עם זאת, שיקול הדעת אם להיענות לבקשת היוצר לנהל את זכויותיו לבדו, אם לאו, נתון בידי אקו"ם.

3.5 הסכמים בין אקו"ם לבין אגודות אחיות

לאקו"ם הסכמים עם אגודות אחיות אחרות המהוות במדינות ניכר – תאגידים לניהול משותף. בהסכמיה עם האגודות האחיות, מתחייבת אקו"ם לנהל את זכויות היוצרים בכל היצירות המרכיבות את הרפרטואר של האגודות האחיות, בתוך גבולות מדינת ישראל (להלן: **"הרפרטואר הזר"**). לרוב התחייבות זו היא הדדית²⁴, קרי - האגודות האחיות מתחייבות לנהל בתחומים הגיאוגרפיים של פעילותיהן את זכויות היוצרים ברפרטואר הישראלי של אקו"ם. תופעה זו מקובלת מאד בתעשייה בה פועלת אקו"ם²⁵. ברם, זאת לדעת – במרבית הסכמיה, ניהול זכויות היוצרים ברפרטואר הזר ניתן בלעדית לאקו"ם, ולכן, תוצאת הדברים תהא לרוב, בהיותה של אקו"ם הגוף היחיד למעשה המוסמך לנהל את זכויות היוצרים ברפרטואר הזר בישראל.

ניהול זכויות היוצרים ברפרטואר הזר כולל, מתן רשיונות שימוש עבור היצירות הכלולות בו, איסוף התמלוגים בגין שימושים אלה, העברתם לאגודות האחיות וניהול מערכת אכיפה, במקרה של הפרות זכויות יוצרים הטבועות ברפרטואר הזר, והכל, באופן דומה לאופן ניהול זכויות היוצרים ברפרטואר המקומי.

אקו"ם קשורה בהסכמים עם כ- 160 אגודות אחיות מכל רחבי העולם. מאחר וכאמור, ברוב מדינות העולם מנוהלות זכויות היוצרים על ידי מספר תאגידים המנהלים, כל אחד, קבוצת זכויות אחרת, מתקשרת אקו"ם עם מספר אגודות בכל מדינה ומדינה.

²² ר' תקנה 10.1 (ב) לתקנון אקו"ם.

²³ יצוין כי מנגנון זה הקבוע בתקנה 10.1 (ג) לתקנון אקו"ם, החליף מנגנון אחר שהיה קיים באקו"ם אשר לפיו רשאי היה החבר ליטול מאקו"ם בחזרה כל אחת מבין ששת הזכויות המנויות בכתב ההעברה כאמור בסעיף 3.3 לעיל, וזאת לגבי כלל יצירותיו. כך למשל יכול היה היוצר להודיע לאקו"ם על רצונו ליטול בחזרה את זכות הביצוע הפומבי ביחס לכלל יצירותיו.

²⁴ יחד עם זאת, לעיתים ההסכם הוא חד צדדי וזאת כאשר הזכויות המנוהלות על ידי אגודה אחת אינן מנוהלות על ידי אגודה אחרת (בכל הנוגע לחבריה). כך למשל, אקו"ם, אשר אינה מנהלת זכויות גדולות, התחייבה כלפי ארגון SACD הצרפתי לנהל בעבורה את הזכויות הגדולות בישראל.

²⁵ CISAC הציג לראשונה את השיטה המפורסמת של הסכמי ניהול הדדיים בין ארגונים לאומיים. ר' גם, L. Bently & B. Sherman, *Intellectual Property Law*, (Oxford 2001), at p. 267-271.



רשות ההגבלים העסקיים

לאור העובדה שאקו"ם קיבלה לידיה את זכויות היוצרים מכלל חבריה²⁶, ולאור מספרם הרב של ההסכמים שהתקשרה אקו"ם עם האגודות האחיות, נקל להבין את הודעותיה ברבים כי מאגר היצירות שבידה "מכיל כמעט כל יצירה שנכתבה אי פעם!" וכי היא "מייצגת את רוב הרפרטואר הבינלאומי בנוסף לישראלי". נמצא כי קהל המשתמשים חייב "לפגוש" את אקו"ם, הן לגבי יצירות מקומיות והן לגבי יצירות זרות.

3.6 הקשר בין אקו"ם לבין המשתמשים

אקו"ם היא החולשת על האמצעי העיקרי להשגת פירות היצירה על ידי היוצר, שכן מימוש זכות היוצרים נעשה, ככלל, בדרך של גביית תמורה בעד רשיונות שימוש ביצירה. מאחר שאקו"ם היא בעלת זכויות היוצרים (בכל הנוגע לרפרטואר הישראלי), ועל פי רוב היא גם בעלת הזכות הבלעדית בישראל לניהולן (בכל הנוגע לרפרטואר הזר), היא זו הזכאית לממש את זכויות היוצרים ביצירות על דרך של מתן רשיונות שימוש למשתמשים.

אקו"ם מקנה ללקוחותיה רשיונות לשימוש ביצירות המצויות ברפרטואר שלה, כולן או חלקן. רשיונות אלה נבדלים ביניהם, הן מבחינת **סוג השימוש** שהמשתמש רשאי לעשות ביצירות והן מבחינת **רוחב הרפרטואר**, אשר בו רשאי המשתמש לעשות שימוש.

כל רשיון שניתן למשתמשים עבור סוג שימוש מסוים מהווה מימוש של זכויות יוצרים אחרות המצויות ברשות אקו"ם או למצער, מנוהלות על ידה. כך למשל, מתן רשיון לדיסקוטק עבור הביצוע הפומבי מהווה מימוש של זכות הביצוע הפומבי, בעוד שמתן רשיון למפיק קולנוע עבור שילוב יצירה מוסיקלית ביצירה אורקולית מהווה מימוש של זכות הסינכרוניזציה. אלה הן זכויות שונות אפילו הן מתייחסות לאותה יצירה עצמה.

התפתחויות טכנולוגיות שונות דורשות מאקו"ם להתאים עבור המשתמשים השונים סוגי רשיונות שונים. כך למשל, מספקת אקו"ם לסוגי המשתמשים השונים מגוון רשיונות לצורך שידור באמצעות רדיו, שידור באמצעות טלוויזיה, כבלים או לוויין, שידור באמצעות אינטרנט, מתן שירותים שונים באמצעות רט"ן, ביצוע פומבי, העתקה של מילים של יצירות, הקלטה של יצירות, שילוב יצירות מוסיקליות המשולבות ביצירות אורקוליות וכל שימוש אחר, הכולל שימוש ביצירות המצויות ברפרטואר אקו"ם בכל אותה עת.

כאמור, נבדלים הרשיונות שמעניקה אקו"ם למשתמשים גם ברוחב הרפרטואר, שבו ניתן לעשות שימוש. כך למשל, לחלק מהמשתמשים (גופי שידור, בתי קפה ועוד) מקנה אקו"ם רשיון גורף, המאפשר שימוש בכל הרפרטואר שלה ללא כל הגבלה, בעוד שלחלק מהמשתמשים (מפיקי קולנוע, מפיקי פרסומות, מפיקי תקליטים חד פעמיים, גופים המעוניינים בהעתקת יצירות ועוד) מקנה אקו"ם רשיון פרטני, המאפשר שימוש ביצירה בודדת או במספר מוגבל של יצירות ספציפיות.

²⁶ כפי שיובהר להלן, רוב רובם של בעלי זכויות היוצרים ביצירות מוסיקליות בישראל, העבירו את זכויותיהם ביצירות לאקו"ם.



רשות ההגבלים העסקיים

גובה התמלוגים, שנדרש המשתמש לשלם עבור רשיון שימוש מסוים, אינו נגזר מסוג הזכויות אותן מממשת אקו"ם בהעניקה רשיון שימוש שכזה, כי אם מסוג המשתמש ומאופיו של השימוש²⁷. מכאן, נקל להבין מדוע דמי הרשיון עבור ביצוע פומבי באוטובוסים אינם זהים לדמי הרשיון שמשלם בעל מסעדה עבור ביצוע פומבי של יצירות בחצריו, וזאת על אף העובדה שמתן שני הרשיונות מהווה מימוש, הלכה למעשה, של אותה זכות – היא זכות הביצוע הפומבי.

גובה התמלוגים, אשר על המשתמש לשלם אינו נגזר, ברוב המקרים, מכמות היצירות המוגנות, בהן נעשה שימוש בפועל, כי אם מפרמטרים אחרים: תחנות רדיו וטלוויזיה משלמות אחוז קבוע מהכנסות הפרסום שלהן²⁸; אולמות אירועים משלמים בהתאם למספר האירועים שנערכים בהם; חדרי כושר בהתאם לגודל המקום, מספר החוגים ותדירותם; חברות אוטובוסים משלמות בהתאם למספר המושבים האפקטיביים; פאבים ודיסקוטקים משלמים בהתאם לקיבולת המקום, סוג השימוש (הופעות חיות או מוסיקת רקע בלבד), מספר ימי הפעילות ועוד. ברור אפוא כי בשונה משווקים תחרותיים "רגילים", שיטת התמחור הנוהגת בכגון דא אינה נגזרת, ככלל, מעלויות הייצור אלא מטובת ההנאה שמפיק המשתמש.

4. ניהול משותף של זכויות – חששות תחרותיים ומנגנוני פיקוח

4.1 חששות תחרותיים

בצד היתרונות אותם מעניק תאגיד ניהול משותף לחבריו מכוח ההתארגנות הקולקטיבית, ובהמשך לאמור, מתעורר חשש ממשי כי בידי התאגיד מתרכז כוח שוק שניתן לנצלו לרעה. ניצול זה יכול שיארע במישורים שונים: כלפי המשתמשים וכלפי חברי התאגיד. חשש זה מתעצם ככל שהפרטואר, המצוי בידיו של תאגיד הניהול המשותף, מקיף מספר או מגוון גדול יותר של יצירות, אשר זכויות היוצרים בהן מצויות בבעלות התאגיד. במצבים אלה מתעורר, ביתר שאת, צורך במנגנוני דיני ההגבלים העסקיים ובדינים אחרים, על מנת לרסן כוח זה. עיקר החשש התחרותי ימצא באלה:

- **חשש לפגיעה בתחרות בין היוצרים החברים בתאגיד כתוצאה מקיומו של התאגיד** - התאגדות בין בעלי זכויות בנות-תחרות במסגרת תאגיד לניהול משותף, הגובה מחיר כולל אחיד בעבור שימוש כולל ביצירות, מפחיתה את התחרות בין החברים, בפועל או בכוח. התאגדות זו, המלווה בקביעת מחיר אחיד כאמור לעיל, מביאה אף לתיאום מחירים בין מתחרים והאחדתם בהתאם לקריטריונים הנקבעים על ידם במשותף.

²⁷ בחלק מהמקרים נקבע גובה התמלוג בהליכי פישור או בוררות.

²⁸ יצוין כי בכל הנוגע לתאגידי שידור (טלוויזיה ורדיו), טענה בפנינו אקו"ם, כי היא מנסה להסדיר שיטה המשקללת, באופן רטרואקטיבי בלבד, גם את אחוז הרפרטואר המוגן, שבו עשה תאגיד השידור שימוש. יחד עם זאת, מהמידע שהוצג בפני רשות ההגבלים העסקיים עולה, כי רק תאגידי בודדים התקשרו בהתאם לשיטה זו, וכי גם לגביהם יכולת התאמת דמי הרשיון לאחוז הרפרטואר, אשר בו נעשה שימוש, ככל שזו קיימת, מוגבלת.



רשות ההגבלים העסקיים

- **חשש לפגיעה בתחרות בין התאגיד לניהול משותף לבין מתחריו** - התאגדות חברים במסגרת תאגיד לניהול משותף עלולה, באמצעות הוראות שונות, הנקבעות על ידי החברים, דוגמת העברת זכויות היוצרים באופן בלעדי מהחברים בתאגיד לתאגיד, למנוע היווצרותן של אלטרנטיבות תחרותיות לתאגיד, הן מנקודת מבטם של המשתמשים והן מנקודת מבטם של החברים בו. בכך, נפגעת היכולת לרסן את כוחו המונופוליסטי של התאגיד אל מול המשתמשים²⁹ ואל מול החברים בו.
- **חשש לניצול כוח שוק כלפי המשתמשים** - ניצולו של כוח זה, מתבטא בקביעה של תעריפים שנטען לגביהם כי הם גבוהים מידי ו"בלתי הוגנים"³⁰, וניצול העובדה שמשתמשים אלה הם קהל "שבוי". בהקשר זה חשוב לציין כי קביעת המחיר על ידי אקו"ם מגובה ומסתייעת בסעדים המוקנים בדין לבעלים של זכויות קניין רוחני. במילים פשוטות: ההגנה המשפטית שנותן הדין לבעל זכות היוצרים מאפשרת לתאגיד לקבוע ולגבות מחיר כאשר הסנקציה – במקרה של אי הסכמה – עלולה להיות בדמות צו שיפוטי האוסר על המשך ניהול עסקו של המשתמש.

4.2 פיקוח על תאגידים לניהול משותף

לאור כוחם של התאגידים לניהול משותף אין הדבר מפתיע כי בארצות הברית, בקהילה האירופית ובאוסטרליה, נתונים הם להתערבות סטוטורית בהתנהלותם. התערבות זו, חלקה במסגרת דיני התחרות, חלקה בהסדרים סטוטוריים ספציפיים, שמה לה למטרה לרסן את כוחם של התאגידים האלה ואף למנוע חלק מן הכבילות הגלומות בהם ומלוות את פעילותם.³¹

במדינות אחדות נעשה הפיקוח על התאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים במסגרת דיני התחרות לבדם.³² מדינות אחרות מפקחות על כוח השוק הנתון לתאגידים אלה באמצעות חקיקה

²⁹ W.M. Landes, **Harm to Competition: Cartels, Mergers and Joint Ventures**, Fox & Halverson, (Editors)(1991) Originally appeared at 52 Antitrust L.J. 625 (1983).

³⁰ ראה לדוגמא, Case 395/87 **Ministère Public v. Jean-Louis Tournier**, ECR 1989 p. 2521.

³¹ המגבלות הסטוטוריות מתייחסות, בדרך כלל, למספר נושאים: דמי הרישוי אותם רשאים לגבות ארגוני היוצרים; סוגי הרשיונות שהארגונים רשאים להציע; הזכויות בהן יכולים לסחור הארגונים; בלעדיות הארגונים בזכויות המוקנות להם על ידי היוצרים; וסוגיות נוספות כגון: מגבלות על חברות בארגון, חלוקת רווחי הארגון, ופיצויים על הפרת זכויות יוצרים.

³² כך למשל, בארצות הברית הוסדר עניינם של שני התאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, ASCAP ו-BMI, במסגרת דיני התחרות לבדם עוד בשנת 1941, באמצעות צווים מוסכמים, שניתנו כתוצאה מהליכים משפטיים ממושכים שניהלו נגדם רשויות התחרות האמריקאיות. צווים אלה מתעדכנים בהתאם לצורך.



רשות ההגבלים העסקיים

ספציפית רחבה³³, ויש מדינות המנהיגות מודל של פיקוח משולב – הסדרת היבטים מסוימים באמצעות דיני התחרות והסדרת היבטים אחרים באמצעות חקיקה ספציפית³⁴.

נמצא אפוא כי תופעת התאגידים לניהול משותף מחייבת ככלל התערבות שיסודה, בין היתר, בטעמים שבדיני התחרות.

5. אקו"ם – ניתוח משפטי

בהקמת אקו"ם ובפעילות המשותפת של חבריה במסגרתה, כשם שתוארו לעיל, קם "הסדר כובל" במובנו של חוק ההגבלים העסקיים³⁵. אבחן, ראשית, את "ההסדר" בו התקשרו חברי אקו"ם, בינם לבין עצמם (להלן: "**ההסדר הראשון**"), ואת "ההסדר" בו התקשרה אקו"ם עם אגודות אחרות (להלן: "**ההסדר השני**"). לאחר מכן, אפנה לניתוח ההסדרים כולם ואראה כי המדובר בהסדר כובל. לבסוף, אראה כי סעיף 3(2) אינו חל על ההסדרים נושא דיונו. מסקנתי הסופית תהא אך חזרה אל הראשית: לפנינו הסדרים כובלים האסורים על פי דין, וחייבים הם, כתנאי להמשך קיומם – לקבל אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים.

5.1 "ההסדר"

ההסדר הראשון, הוא הסדר אופקי בין חברי אקו"ם לבין עצמם. הסדר זה מורכב ממארג של הסדרים, דוגמת כתבי העברה עליהם חותמים החברים, תקנון אקו"ם, המפתח לחלוקת תמלוגים, הוראות פנימיות אחרות החלות באקו"ם ועוד, הקשורים בטבורם זה בזה. לאור כל זאת, אתיחס אל מערך הסדרים זה כדבוקה אחת לצורך בחינתם בראי חוק ההגבלים העסקיים.

מסקנה זו נתמכת הן בלשונו הרחבה של המונח "הסדר" אצלנו, בסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים, אשר העדיף תפיסה רחבה על פני מונח צר יותר של "הסכם", והן בפרשנות הרחבה שניתנה בפסיקה לדיבור "הסדר"³⁶. אכן, במונח "הסדר" נתכוון המחוקק ללכוד כל מסכת של תקשורת בין בני אדם המנהלים עסקים, בין שתקשורת זו ממוצה בפורמט אחד של הסדר ובין שהיא פרושה ומשתרעת על כמה הסדרים נפרדים. גישה פרשנית זו חלה גם בדין האמריקאי³⁷. גם בדין הקהילייה האירופאית

³³ כך למשל, במדינות הקונטיננטל, הוסדרה פעילותם של תאגידים לניהול משותף בחקיקה פרטנית ספציפית, שהתייחסה לכלל ההיבטים הנוגעים לפעילותם של ארגוני הזכויות, ובכלל זאת גם היבטים של תחרות. כך, בגרמניה, בפורטוגל ובמדינות מזרח אירופיות שאמצו את המודל הגרמני, ישנה חקיקה ספציפית רחבה המסדירה את פעילותם של התאגידים לניהול משותף. ראה: A. Dietz, *Legal Regulation of Copyright (Collecting Societies Law) in Western and Eastern Europe*, January 2002, at p. 5.

³⁴ כך, באיחוד האירופי רווחת הגישה, לפיה אין לפטור את התאגידים לניהול זכויות יוצרים מעולו של משטר התחרות, וכי פעילותם, כפעילותו של כל גוף עסקי אחר, צריכה להיבחן ולעמוד בדרישות שמציבים דיני התחרות. כאמור לעיל, מדינות מסוימות הפעילו מנגנון של חקיקה ספציפית לעניין.

³⁵ ר' ע"א 6222/97 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד נב(3) 141, פסקה 9 להחלטה וכן דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מו(1) 56, פסקאות 39-42 להחלטת השופט חשין.

³⁶ דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מו(1) 56, 84 בפסקאות 28-29 לפסק הדין, ת"פ 417/97 (י"ם) מדינת ישראל נ' הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ, דינים מחוזי לב(10) 808, 823-827, ת"א (י-ם) אורי קיסין ואח' נ' פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ, דינים מחוזי ל"ב (6) 666, 650.

³⁷ כך קבע בית המשפט העליון של ארה"ב כי לשונו של סעיף 1 ל-Sherman Act הינה "כזה רחבה עד כי קשה להעלות על הדעת לשון רחבה הימנה", 322 U.S. 533 *U.S. v. South-Eastern Under Writers Assn*.



רשות ההגבלים העסקיים

הגישה הפרשנית היא מרחיבה וגמישה, ובגדרה הוכרה גם התפיסה לפיה מספר הסכמים הקשורים ביניהם עשויים להיחשב כאחד לצורך בחינתם בראי דיני ההגבלים העסקיים.³⁸

גם הקשר המשפטי-עסקי בין ההסכמים מחייב מסקנה זאת. חתימת החבר על כתבי ההעברה בהתעלם מיתר ההסדרים השונים משוללת נפקות של ממש. זאת ועוד. היות שזכאותו של החבר לקבלת מניה מותנית בחתימתו על כתב ההעברה, יהיה מפתח חלוקת התמלוגים רלבנטי אך ורק לגבי חבר שחתם על כתב ההעברה ופעל לפי תקנון אקו"ם. באופן דומה מובן, כי לא ניתן יהיה לחלק את התמלוגים הנובעים מהשימושים השונים, בלא המפתח לחלוקת התמלוגים.

המסקנה המתבקשת היא, כי מבחינה עקרונית, יתייחסו דיני ההגבלים העסקיים למארג ההסכמים שבין חברי אקו"ם לבין עצמם באקו"ם - כאל מקשה אחת. כלל ההסדרים משקפים עסקה כלכלית אחת. תכליתם היא הסדרת תחומי ניהול זכויות היוצרים של החברים, קרי - קבלת זכויות היוצרים מהחברים, הענקת רשיונות שימוש למשתמשים, גביית התמלוגים המשתלמים לתאגיד בגין הרשיונות וחלוקתם בין החברים.³⁹

כך נהגה גם רשות התחרות הארית, בהתייחסה למכלול ההסדרים של PRS (Performing Rights Society) (תאגיד לניהול משותף של זכות הביצוע הפומבי באנגליה ובאירלנד), כמארג הסכמים אחד, לצורך בחינתו בראי דיני ההגבלים העסקיים:

"The Authority also takes into considerations the Memorandum, Articles, Rules and related practices of PRS as the assignment agreement is in pursuance of the assignees' membership of PRS with membership a precondition to the administration by PRS of the performing right on their behalf. For the purpose of this decision, **these are regarded as being part of the overall agreement between undertakings.**"⁴⁰

"ההסדר הראשון" הוא הסדר אופקי, שהצדדים לו הם כל חברי אקו"ם, אשר ערב ההסדר הם מתחרים בכוח או בפועל זה בזה, בכל הנוגע למתן הרשאות שימוש ביצירותיהם. במילים אחרות - אקו"ם היא מיזם משותף, אשר הוריו, עליהם נמנים מתחרים רבים, הם החברים בו.⁴¹

כפי שיובהר להלן, עסקין בהסדר בין מתחרים - אשר בהתייחס לשימושים רבים - מוכרים את מרכולתם ביחד כרשיון גורף אחד, וחולקים בתקבולים המתקבלים ממכירה כאמור על פי מפתח חלוקה שסוכם ביניהם מראש. בכל הנוגע לשימושים אחדים, אשר אינם מצדיקים הענקת רשיון

³⁸ R. Whish, *Competition Law*, (5th ed. by Butterworths, London 2003), p.91

³⁹ לעניין זה ראה גם קביעה על פי סעיף 43 – הסדר כובל בענף דלתות הבטחון, 1995, הגבלים עסקיים, 3003977.

⁴⁰ Decision No. 326-Performing Right Society and Individual Creators/Publishers (Assignment of Copyright), 18.4.94, at para. 80. (להלן: "החלטה 326 של רשות התחרות הארית") וראה גם: Decision No. 445, 15.12.95, at para 35. (להלן: "החלטה 445 של רשות התחרות הארית").

⁴¹ ר' החלטת הרשות הארית: 8.10.99 at p. 41, MCPS/MCPSI/Various Agreements, Determination for Authorisation and Notification, (להלן: "החלטה 569 של רשות התחרות הארית"), 14/1/1998, at p. 76 Australia Performing Right Association Limited, (להלן: "החלטת הרשות האוסטרלית"). וראה גם: J.T. Lang, *Defining Legitimate Competition: Companies Duties to Supply Competitors and Access to Essential Facility*, 18 Fordham Intl L. J. 437 (1994) בעמוד 471



רשות ההגבלים העסקיים

גורף, מגבילים החברים עד מאד את יכולתם לקבוע את מחיר מימושן של זכויות היוצרים ביצירותיהם, ומותירים מלאכה זו בידי אקו"ם.

ההסדר השני, כולל את כלל ההסדרים הבלעדיים שבין אקו"ם לבין האגודות האחיות, בכל הנוגע לניהול זכויות היוצרים בטריטוריה בה פועלת אקו"ם. גם בכל הנוגע להסכמים אופקיים אלה בין אגודות מתחרות, קיומו של יסוד "ההסדר" אינו מוטל בספק: במסגרת הסדרים בלעדיים אלה, מסדירות ביניהן האגודות את אופן ניהול זכויות היוצרים ביצירות הכלולות ברפרטואר שלהן, האחת בטריטוריה של רעותה, באופן שאינו מאפשר קיומה של תחרות ביניהן. אין חולק כי "אגודה אחת" כזו היא גם מתחרה בכוח במתן הרשאה ליצירות – למשתמשים מקומיים.

5.2 "מנהלי עסקים"

חוק ההגבלים העסקיים אינו מגדיר את המונח "מנהל עסקים". פשרו של מונח זה נקבע על פי תכלית החוק. הפעילות הכלכלית אליה כיוון המחוקק הובהרה ובוארה בהגדרת המילה "עסק" שבסעיף 1 לחוק ההגבלים העסקיים:

"עיסוק בייצור נכס, במכירתו, בשיווקו, ברכישתו, ביבואו או ביצואו, וכן עיסוק במתן שירות או בקבלתו".

הן מהפן הלשוני והן מהפן התכליתי עולה, כי כל אדם, העוסק בייצור מצרכים או שירותים, בהספקתם או ברכישתם, ייחשב למנהל עסקים, בין שהוא עושה כן למטרות ריווח ובין שהוא פועל למטרות אחרות. על רוחב הגדרה זו עמדו הן בית המשפט והן הממונה לא אחת, ומונח זה כולל את כל הגורמים המנהלים עסקים כלשהם, לרבות, כאמור, עסק המתנהל שלא למטרות רווח⁴². גם בדין האירופאי נקבע, כי המונח "Undertaking" המופיע בסעיפים 81 ו-82 לאמנת רומא, הוא מונח רחב המקיף כמעט כל ישות משפטית המעורבת בפעילות כלכלית או מסחרית כלשהי, וזאת ללא כל קשר לאופן המימון שלה ולשאלה האם נוסדה למטרות רווח⁴³.

כאמור לעיל, דיני זכויות היוצרים הנהוגים בישראל קובעים, כי קיימת זכות למניעת שימוש ביצירות המוגנות בזכות יוצרים ללא הסכמה של בעל הזכות. הסכמה זו ניתנת על דרך של הנפקת רשיון מסחרי, הניתן בתמורה לתשלום תמלוגים. מכאן, שהן היוצרים והן המו"לים הם מנהלי עסקים העוסקים בפעילות מסחרית. זאת ועוד: אין חולק, כי הסיבה היחידה, ולמצער המרכזית, להתאגדותם של היוצרים במסגרת אקו"ם נעוצה ברצונם לממש, באופן הממקסם את התמורה שבם מקבלים, את זכויות היוצרים הנובעות מיצירותיהם. גם בכך יש ללמד על היותם של חברי אקו"ם מנהלי עסקים. לא למותר לציין כי גם דיני התחרות האירופאיים רואים ביוצרים כ-

: Undertaking

⁴² ע"א 2768/90 פטרולוג חברת הגז הישראלית (1969) בע"מ נ' מדינת ישראל ואח', פ"ד מו(3) 599, 603, דנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף הים (1994) בע"מ, פ"ד נו(1), 56, 91. וכן ראה החלטת הממונה בעניין הסדר כובל בין המתחרים במכרז בוק מס' 89/73/700 – קביעה בהתאם לסעיף 43 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988, ההגבלים העסקיים, כרך א', 71 בעמוד 84.

⁴³ Bellamy & Child, *European Community Law Of Competition*, Sweet & Maxwell, 5th ed. (2001), para. 2.003-2.004.



רשות ההגבלים העסקיים

"Individuals may be 'Undertakings'; for example. A self employed inventor commercially exploiting his patents by licensing, a commercial adviser and even **artists when they commercially exploit their artistic performance**".⁴⁴

וכך גם נקבע באירלנד בכל הנוגע לחבריו (יוצרים ומו"לים) של תאגיד PRS:

"The individual composer, author, lyricist or publisher of music is also an undertaking since each is engaged in the provision of a service, i.e. the composition, writing or publishing of musical works for gain. **The primary purpose of the assignment is to facilitate the obtaining of financial gain from the exploitation of the copyright which arises from the musical composition.**"⁴⁵.

מהאמור לעיל עולה, באופן ברור, כי אקו"ם וחבריה, כמו גם האגודות האחיות עימן היא קשורה בהסדר השני, הם "מנהלי עסקים" כמשמעות המונח בחוק.

5.3 הכבילות

5.3.1 כבילה הנוגעת למחיר שיידרש

על פי דיני זכויות היוצרים, רשאי בעל זכות היוצרים לקבוע, על פי שיקול דעתו הבלעדי והמוחלט, את המחיר שיידרש עבור מתן הרשאות ושימוש בזכותו. בכך, אין בעל זכות היוצרים שונה מבעלי של כל נכס אחר, אשר רשאי לתמחרו כראות עיניו (בכפוף לחובות המוטלות על בעל מונופולין – אם הינו בעל מונופולין – ולמגבלות הקבועות בדינים ספציפיים).

אולם, זכות זו, השמורה לו ביחס לנכסי הקניין הרוחני שלו, אינה מקנה לו זכות לחבור עם רוב בעלי נכסי קניין רוחני אחרים מסוגו, המתחרים בו, בפועל או בכוח, לצורך קביעת מחיריהם ושיווקם המשותף של רשיונות שימוש ביצירות, אלא אם אושר הדבר או הופטר באחת מהדרכים הקבועות בחוק ההגבלים העסקיים. סיבת הדבר פשוטה: חברה אשר כזו יוצרת "חזית אחת" אל מול המשתמש המורכבת מרוב מניין ובניין של היצירות, ישראליות כזרות, ויש בכוחה לקבע מחיר ותנאים אחידים לגבי החלק הארי של היצירות הטעונות רשיון שימוש על פי דין.

נוסח ההסכמים המקוריים שנחתמו בין אקו"ם לחברים, משתמש במונח "העברה" של זכויות יוצרים מהחברים לאקו"ם. השימוש במונח "העברה" או "assignment" (להבדיל מהרשאה) משמעותו - העברת הבעלות באותה הזכות ומכאן שלילת זכותו של הבעלים המקורי לעשות את אותם המעשים הכלולים בזכות המועברת, וביניהם קביעת מחיר מימושה.

⁴⁴ C.S. Kerse, E.C. Antitrust procedure, (3rd ed. By Sweet & Maxwell 1994), 4. para 2- , Bellamy & Child, Supra note 43006

⁴⁵ סעיף 79 להחלטה 326 של רשות התחרות האירית וכן ראה סעיף 35 להחלטה 445 של רשות התחרות האירית.



רשות ההגבלים העסקיים

“[A]n assignment is in essence a transfer of ownership (however partial), while a license is in essence a permission to do what otherwise would be infringement.”⁴⁶

עם העברת זכויות היוצרים לידי אקו"ם, הכוללת, בין היתר, את הזכות להרשות לאחרים את השימוש בהן ולגבות תמלוגים, מופקעת, בין היתר, יכולת קביעת מחיר השימוש מידי של בעל הזכויות הבודד ומידי מנגנון השוק ומועברת לידיה של אקו"ם המאגדת את היוצרים המתחרים לעניין הענקת רשיונות שימוש ביצירות, אשר יצרו את הרוב המכריע של היצירות, ישראליות כזרות. לרוב, מחיר המימוש של היצירות אשר הרשיון מאפשר בהן שימוש הינו אחיד. במלים אחרות, בהתאם להוראות ההסדר הראשון, מחירה של יצירה פלונית זהה למחירה של יצירה אלמונית ונקבע על ידי אקו"ם.

בנסיבות בהן מאגדת אקום את הרוב המכריע של היוצרים וחולשת על מירב היצירות המוגנות, ישראליות כזרות, מתבקשת המסקנה כי יש בכבילה שבהסדר הראשון הנוגעת למחיר, בכדי למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, ובשל כך עולה הסדר זה לכדי הסדר כובל, כמשמעו בסעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים: טעמה של מסקנה זו פשוט וברור: אילולא העברת הזכויות לאקו"ם, היו בעלי הזכויות, או קבוצות שלהם, מתחרים ביניהם על המחיר בו ימכרו רשיונות שימוש ביצירותיהם. עמדה על כך רשות התחרות האירית:

“Individual members are pursuing **their own economic interest** when they create/publish musical works. They are competing to have their works used in preference to those of other creators/publishers in order to maximize their income. The member of PRS cannot be regarded as a single economic entity with common interests”⁴⁷

בשל העברת הזכויות לתאגיד המשותף, הנעשית במקביל על ידי כל המתחרים, בפועל ובכוח, הם בעלי זכויות היוצרים ברוב מניין ובניין של היצירות – נגרעת באופן ממשי התחרות באספקת רשיונות שימוש ביצירות, שכן החברים בתאגיד המשותף פועלים מעתה ואילך, כחזית אחת, במסגרת התאגיד אל מול קהל המשתמשים. בפרט כך, כאשר אקו"ם היא קובעת למעשה, עבור כלל חבריה, את המחיר שיידרש, שיוצע או שישולם עבור מימוש זכויות אלה:

They also have the effect of restricting competition in the supply of performing right between individual members and they involve the establishment and maintenance of uniform rates of royalty and other conditions in relation to the exploitation of the performing right thereby eliminating price competition. In effect, the arrangements, taken in their collective context, constitute an exclusive collective copyright enforcement system involving independent undertakings and, as much, are restrictive of

⁴⁶ Cornish, *Intellectual Property*, 4th Ed. (1999), p. 465.

⁴⁷ החלטה 326 של רשות התחרות האירית, ה"ש 40 לעיל, פסקה 80.



רשות ההגבלים העסקיים

competition within the State and offend against section 4(1) of the Competition Act.”⁴⁸

על הבעייתיות בקביעת מחיר אחיד עבור כלל היצירות עמדו גם חברי אקו"ם בישיבת הדירקטוריון של אקו"ם מיום 25 באוגוסט 2002:

”X וחבריו מערערים על קביעה אחידה של תעריף לשיר. לכל יוצר יש שיר, או שירים, שבזכותם נמכרו הרבה תקליטים וערכו גבוה יותר מרעהו. אין הגיון בכך שנהפוך לחברה שבה לכל השירים יש ערך שוויוני. לכל יצירה יש אורך החיים שלה והערך שלה בעיני היוצר. יש יצירות ששוות יותר ויש יצירות ששוות פחות.”⁴⁹

קביעת המחיר על ידי אקו"ם והפחתת התחרות בין היוצרים הנגזרת מכך, אינה נחלתם הבלעדית של הרשיונות הגורפים (Blanket License). כך הדבר גם ברשיונות שימוש ביצירה או במספר יצירות ספציפיות. בכל מקטע ומקטע של שימושים, קיימת תחרות, בפועל או בכוח, בין היוצרים או בין קבוצות בעלי זכויות יוצרים. כך למשל, מעניקה אקו"ם רשיונות שימוש לחברות סלולר, מפיקי תקליטים חד פעמיים, גופים המעוניינים להעתיק יצירות לשם הפקת שירונים ועוד. גם במסגרת רשיונות אלה, קובעת אקו"ם מחיר אחיד עבור כלל היצירות, שהשימוש בהם מתבקש במסגרת הרשיון הפרטני.

מצאתי כי הדרישות המצטברות המנויות בסעיף 2(א) לחוק מתמלאות בהסדר הראשון, בכל הנוגע לכבילה הנוגעת למחיר שיידרש. על פי לשונו של סעיף 2(ב)(1) לחוק – חל גם הוא על אורחות פעולתו של תאגיד הניהול המשותף כאכסניה לשיתופי הפעולה בין חבריו, שהרי תאגיד זה קובע מחיר אחיד לגבי רשיונות שימוש. מחיר אחיד זה, אשר נקבע על ידי תאגיד המשותף לבעלי התשומות המתחרות – הלוא הם היוצרים – הוא המחיר הנוהג, ככלל, בשוק כלפי קהל הצרכנים – הם המשתמשים.

עם זאת, מוצא אני לנכון להעיר, לצד תחולתו של סעיף 2(ב)(1) לחוק המתבקשת לאור לשונו של הסעיף, אני רואה מקום לנהוג בהסדר זה כהסדר קשה ורגיל של "תיאום מחירים" קרטליסטי, הניצב במרכזו של סעיף 2(ב)(1) לחוק. הטעם העיקרי לכך הוא, כי אין מדובר ב"כבילה עירומה" כזו שעיקר מטרתה היא הכחדת התחרות בין מתחרים, אלא מטעם אחר הקשור בטבורו להצדקה הבסיסית שבהתארגנות משותפת של יוצרים למכירת זכויות שימוש ביצירותיהם. 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 עיסקה (Transaction Costs) רבות. מנגד אדגיש כי אין לראות בפעילות אקו"ם, במתכונתה והיקפה הנוכחיים, משום כורח המציאות, "רע הכרחי" שאין מילוט הימנו. כמפורט להלן, חבירה בהיקף

⁴⁸ ר' החלטה 326 של רשות התחרות הארית, בסעיף 81 וכן ראה החלטה 445 של רשות התחרות הארית, ה"ש 40 לעיל, בסעיף 37 וכן ראה החלטת הרשות האוסטרלית, הערה 41 לעיל, בעמוד 79.

⁴⁹ ר' פרוטוקול מישיבת הדירקטוריון של אקו"ם מיום 25 באוגוסט 2002, בסעיף 3 – בישיבה נדונה האפשרות שלא לכלול במסגרת הרשיון הגורף, הניתן לגופי שידור, את זכות הסינכרוניזציה.



רשות ההגבלים העסקיים

אשר כזה מקימה כוח מונופוליסטי, בעוד שניתן היה – וכך המצב במדינות רבות – לחבור למספר תאגידים לניהול משותף, העשויים להתחרות זה בזה, הן מול המשתמשים והן אל מול היוצרים, ופועלים כך בשוק תחרותי. בנוסף, המחיר האחיד אף הוא אינו מחויב המציאות. ברור כי ככל שאין עסקינן ברשיון הגורף נחזה הוא כסרח עודף, בעל השלכות אנטי תחרותיות שכן במקרים שכאלה די לו למשתמש בהתקשרויות פרטניות אל מול יוצרים ספציפיים.

על מנת למלט הסדר של חברה בין יוצרים לעניין רשיונות שימוש, הרחיק בית המשפט העליון בארה"ב וקבע, בפרשת **BMI**,⁵⁰ כי הסדר אשר כזה – ככל שענינו ברשיונות גורפים בלבד – יוצר מוצר חדש ועל כן אינו בגדר "תיאום מחירים" (Price Fixing) האסור Per Se. הלכה זו נקבעה נוכח קשיחותו של הדין האמריקאי, הרואה בכל הסדר עירום של תיאום מחירים כאיסור חלוט (Illegal Per Se) המהווה עבירה פלילית. על קשיחות זו של הדין האמריקאי, העיר כבר השופט עדיאל בפרשת מגדל:

"למעלה מהדרוש, אציין, כי קשה ללמוד גזירה שווה מהדין הנוהג בעניין זה בארה"ב. ההבדל נעוץ בכך שעל פי הדין האמריקאי (Sherman Antitrust Act), נאסר כל הסדר הפוגע בתחרות בעסקים. אין בדין האמריקאי מנגנון המאפשר לאשר הסדר כזה בשל שיקולים שבטובת הציבור. כתוצאה מכך, הוצאתו של תחום כזה או אחר ממשטרם של דיני ההגבלים העסקיים איננו יכול להיעשות במשפט האמריקאי אלא בדרך של קביעה שיפוטית כי מדובר בהסדר שאינו הסדר כובל על פניו (Per Se), או בדרך של חקיקה השוללת את תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים..."⁵¹ "המחוקק הישראלי נתן לנושא זה מענה אחר, באפשרו קבלת אישור להסדר כובל מבית הדין להגבלים עסקיים או פטור לאישור כזה מהממונה על ההגבלים העסקיים."⁵¹

מכל מקום, הדין אצלנו שונה: הסדר כובל, שכרוך בו באופן נלווה (Ancillary) תיאום מחירים, ניתן לאישור על ידי בית הדין או לפטור על ידי הממונה. על כן המונח הסדר כובל הוא רחב יותר בהיקפו, שהרי חלק מן ההסדרים הכובלים – ניתנים אצלנו להתרה. ככל שלא הופטר הסדר על פי דין וככל שאין זה ברור כי כל הכבילות הכלולות בו או הנובעות ממנו הן קלות ערך, כי אז חייב הוא בהיתר מבית הדין להגבלים עסקיים או מן הממונה.

תוצאת הדברים היא כי חברה של יוצרים לאספקת רשיונות שימוש ביצירות אינה פסולה באופן אינהרנטי (Per Se), אלא יש לבחנה בנסיבות השוק הרלבנטי. כך, אם היוצרים בה אינם מאגדים למעלה מחלק מסויים של השוק עשוי לחול עליה פטור הסוג למיזמים משותפים.⁵² ברם, בנסיבות שבפניי, בהן ברור כי החברה היא של בעלי זכויות היוצרים ברוב המובהק של היצירות בשוק – תחת מסגרת משותפת אחת – קם הצורך, ומחייב האינטרס הציבורי שביסוד חוק ההגבלים העסקיים, לבחון ספציפית את כוחה והשלכותיה של חברה כזו על השוק, שכן מתקיים חשש סביר,

⁵⁰ Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System, Inc. 441 U.S. 1, 60 L.Ed.2d 1

⁵¹ ת"פ 201/96 מדינת ישראל נ' מגדל חברה לביטוח בע"מ, 1997 הגבלים עסקיים, 3001770.

⁵² כללי ההגבלים העסקיים (פטור סוג למיזמים משותפים), התשס"א – 2001. המדובר בנסיבות בהן אין ההסדר כולל תיאום מחירים עירום (Price Fixing).



רשות ההגבלים העסקיים

אף למעלה מכך, להיווצרות כוח שוק בידי תאגיד הניהול המשותף – תוצאתו וליבו של ההסדר. בנסיבות אלה ברור כי מדובר בהסדר כובל.

5.3.2 כבילה הנוגעת לחלוקת השוק

הן ההסדר הראשון והן ההסדר השני, כוללים כבילות הנוגעות לחלוקת השוק לפי "האנשים שעמם יעסקו".

לולא העברת הזכויות לאקו"ם באופן בלעדי, יכלו משתמשים מסוימים לקבל החלטה מושכלת אם לנהל מו"מ פרטני מול היוצרים או לנהל מו"מ מול אקו"ם⁵³. כתוצאה מההעברה הבלעדית של זכויות היוצרים מהחברים לאקו"ם, מופחתת תחרות שבכוח בין החברים לבין אקו"ם בכל הנוגע לאספקת רשיונות שימוש עבור סוגי שימושים שונים.

בשונה מן הטענה השגורה בפי רבים, האפשרות לפיה ינהלו משתמשים משא ומתן ישיר עם מספר יוצרים ספציפיים ברצותם שימוש במספר יצירות מתוחם, אינה תיאורטית גרידא: בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה, כי גם בפועל מתקיימות התקשרויות פרטניות בין יוצרים לבין סוגי משתמשים שונים, דוגמת חברות הסלולר (לשימושים דוגמת אגרות ברכה מוסיקלית, רינגטונים, הודעת פתיח מזמרת ועוד), מפיקים חד פעמיים של תקליטים ומפיקי פרסומות.

זאת ועוד: לאור העובדה שבאקו"ם חברים בעלי זכויות יוצרים ברוב מניין ובניין של היצירות בישראל, המעבירים באופן בלעדי את זכויותיהם ביצירותיהם בעבר וביצירותיהם העתידיות, מוגבלת, באופן משמעותי, כניסת תאגידים לניהול משותף שיתחרו באקו"ם בשווקים בהם היא פועלת, כולם או חלקם. לפיכך, נפגעת התחרות הפוטנציאלית אף בין אקו"ם לבין תאגידים לניהול משותף המקבילים לה. על השפעות תחרותיות אלה עמדה רשות התחרות האירית בקובעה:

"The cumulative effect of the network of similar agreement established between the many Irish creators/publishers and IMRO creates restriction on the freedom of copyright users to purchase the global performing right from any supplier other than IMRO."⁵⁴

אכן, אין לשלול קיומה של תחרות אפשרית בין מספר תאגידים לניהול משותף המנהלים זכויות זהות. דוגמה לתחרות כגון דא מצויה בארצות הברית, שם מנהלים **שלושה תאגידים לניהול משותף** את זכות הביצוע הפומבי. נמצא איפוא כי הכבילה האמורה יוצרת "אפקט חוסם" (Forclosure) לתחרות אפשרית בשוק הרלבנטי. הואיל וטעמה של חבירה רבתי כאקו"ם היא בכך שגלומים בה

⁵³ כך הוא המצב בארצות הברית. בצו המוסכם, אליו כפופה ASCAP, נקבע מפורשות כי בזמן הצטרפותו ל-ASCAP אין החבר מעביר לתאגיד את זכות הביצוע הפומבי ביצירותיו, אלא הוא מעניק לתאגיד רשיון, המאפשר לתאגיד להעניק רשיונות שימוש. באופן זה מתאפשר הן לחבר והן לתאגיד לניהול משותף להעניק, במקביל, רשיונות שימוש לכלל המשתמשים.

⁵⁴ ראה: החלטה 326 של רשות התחרות האירית, הערה 40 לעיל, בסעיף 81; החלטה 445 של רשות התחרות האירית, לעיל בסעיף 37.



רשות ההגבלים העסקיים

יתרונות לגודל והמשתמש מוצא תועלת בקבלת רשיון שימוש ליצירות רבות בעיסקה אחת, הרי שבכבילה המחייבת כל יוצר בהעברה בלעדית של זכויות לאקו"ם ולא לתאגיד אחר לניהול משותף יש חסימה, ולמצער הצרה של אפשרות הקמתו של תאגיד ניהול משותף מתחרה.

יש אפוא בכבילה שבהסדר הראשון, בכדי למנוע או להפחית את התחרות בעסקים, ובשל כך, עולה הסדר זה כדי הסדר כובל.

מכוח הסדרים **מן הסוג השני**, קשורה אקו"ם בהסכמים הדדיים עם מרבית האגודות האחיות ברחבי העולם. להסכמים אלה נוסחים שונים, אך המשותף להם הוא שאקו"ם התחייבה לייצג, לרוב באופן בלעדי, את הרפרטואר של האגודה האחות במדינת ישראל⁵⁵. כתוצאה מכך, נבצר, הלכה למעשה, ממשתמש, שיבקש לעשות שימוש ביצירות הכלולות ברפרטואר הזר של אקו"ם, לפנות לאגודות אחיות אלה לשם קבלת רשיון שימוש ברפרטואר זה.

כבילה זו מהווה חלוקת שוק בכל הנוגע ל"סוג האנשים שעמם יעסקו", והיא אסורה מכוח הוראות סעיף 2(ב)(3) בנוסף להיותה הסדר כובל לפי סעיף 2(א) לחוק ההגבלים העסקיים.

גם בהסדר זה יש בכדי למנוע או להפחית את התחרות בעסקים. הסכמה ההדדית הבלעדית של אקו"ם עם האגודות האחיות מונעת או מרתיעות אגודות אלה מלהתחרות באקו"ם בישראל על ידי מתן גישה לרפרטואר הזר שלהן למשתמשים, ובכך נוצרת הגבלה לעניין יכולת כניסתן של אגודות אלה לשוק הישראלי. זאת ועוד. לאור חיוניותו של הרפרטואר הזר ליכולת תפקודם של תאגידים לניהול משותף בישראל, מציבים הסכמים אלה חסמי כניסה תמירים בפני תאגידים לניהול משותף המעוניינים להתחרות באקו"ם בישראל, שכן לאור הסדרי הבלעדיות שחתמה אקו"ם עם האגודות האחיות – תישלל מהתאגידים החדשים היכולת לנהל רפרטואר זר⁵⁶. נמצא אפוא כי הסכמים אלה חוסמים, הלכה למעשה, את יכולתם של המשתמשים לרכוש רשיונות שימוש מגופים אחרים, זולת אקו"ם, ומונעים התפתחותה של כל תחרות משמעותית לאקו"ם.

על השפעת הסכמים אלה על התחרות, עמדה גם רשות התחרות האוסטרלית:

"However, APRA's reciprocal arrangements with overseas collecting societies have the effect of preventing or discouraging those societies from competing in Australia by providing access to their repertoire directly to Australian users. This limits the need for the overseas societies to enter the Australian market for the purpose of collecting fees for use of works in their repertoires. **In addition, the overseas arrangements severely limit the ability of users or other potential services providers to go direct to overseas societies to acquire rights. This decreases the likely entry of new collecting societies or creation of alternative mechanism because access to overseas repertoires would be denied.** In effect, there is an international cartel which prevents overseas societies from competing against

⁵⁵ בארצות הברית, נאסר על ASCAP, במסגרת הצו המוסכם להתקשר בהתקשרות בלעדית כגון דא עם אגודות אחיות.

⁵⁶ Memorandum of the United States in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgement, Civil Action No. 41-1395 (WCC), September 4, 2000.



רשות ההגבלים העסקיים

one another and new societies from developing outside the existing cartel.”⁵⁷

גם בית הדין האירופי החיל על הסכמים כגון דא את הוראות סעיף 85(1) לאמנת רומא:

“Accordingly, it must be stated in reply to the second question that Article 85 of the EEC Treaty must be interpreted as prohibiting any concerted practice by national copyright-management societies of the Member States having as its object or effect the refusal by each society to grant **direct access to its repertoire to users** established in another Member State. It is for the national courts to determine whether any concerted action by such societies has in fact taken place.”⁵⁸

בהקשר זה יש להביא בחשבון תמורות שאת ניצניהן ניתן כבר לראות בזמינותן של יצירות ורכישת זכויות השימוש בהן, עם הירידה המשמעותית הצפויה בעלויות ההתקשרות בקשר ישיר בין משתמשים לבעלי זכויות היוצרים בכלל ועם תאגידים זרים של בעלי זכויות יוצרים בפרט. ההתקשרויות לשימוש ביצירות זרות להשמעות פומביות צפויות להפוך לזמינות יותר ויותר, בין היתר באמצעות האינטרנט. שחיקת חסמי הכניסה פועלת בהקשר שבפניי לכיוונים שונים, אך ברי כי בנסיבות אלה, לא ניתן עוד לטעון כי מסגרת המאגדת **באורח בלעדי** את רוב מניין של הרשאות השימוש ביצירות ישראליות וזרות כאחת היא כורח המציאות וכי הבלעדיות היא **אינהרנטית** לקיום החברה.

לאור השפעתו הברורה של הסדר זה על התחרות בישראל, לא תימלט המסקנה המתחייבת: אף ההסדר השני עולה כדי הסדר כובל.⁵⁹

כללו של דבר, באמצעות ההסדר הראשון וההסדר השני, כפי שאלה תוארו לעיל, מוגבלת באופן משמעותי התחרות, בפועל ובכוח, באספקת רשיונות שימוש עבור שימושים שונים ביצירות.

5.3.3 כבילה הנוגעת לכמות המוצרים בשוק

ההסדר הראשון, בין חברי אקו"ם לבין עצמם, כולל כבילה נוספת הנוגעת לכמות המוצרים שבשוק. באמצעות אקו"ם, ובכל הנוגע להתקשרויותיה עם משתמשים רבים⁶⁰, קובעים החברים באקו"ם מוצר אחד – רשיון גורף המתייחס לרפרטואר המשותף של כולם. אין למשתמש, הנדרש לכמות גדולה של יצירות יכולת מעשית וממשית לבחור ברשיון לשימוש ביצירותיהם של יוצרים מסוימים בלבד, ולוותר על יצירותיהם של יוצרים אחרים, או אפילו לעשות שימוש בז'אנר מסוים של

⁵⁷ ר' החלטת הרשות האוסטרלית, ה"ש 41 לעיל, בעמ' 77 סעיף 8.2.8.

⁵⁸ Joined Cases 110/88, 241/88, and 242/88 **François Lucazeau and others v, Société des Auteurs, Compositeurs et Editeurs de Musique (SACEM) and others** [1989] ECR 281, at para 17. (להלן: "Lucazeau"); וראה גם, Faull & Nikpay, *The EC Law Of Competition*, at p. 620.

⁵⁹ לענין היותן של האגודות האחיות תאגידים זרים ראו **קביעה לפי ס' 43 – שוק הבשמים הסלקטיביים**, 1999 **הגבלים עסקיים** 3002438.

⁶⁰ על משתמשים אלה נמנים, בין היתר, גופי שידור בטלוויזיה, ברדיו ובאינטרנט, גופים המבצעים בפומבי (גני אירועים, פאבים, בתי קפה, מסעדות, דיסקוטקים) ועוד.



רשות ההגבלים העסקיים

יצירות.⁶¹ בפני משתמש זה עומדת האפשרות לרכוש רשיון גורף המאפשר לעשות שימוש בכל היצירות כולן, אשר ודאי כי חלקן אינו נחוץ לו, או שלא לעשות שימוש ביצירות בכלל.

בצד תועלות הקיימות בעצם קיומו של מוצר כרשיון גורף, או רשיון השמיכה, הוא מפחית את היכולת והתמריץ של המשתמשים מלנצל את התחרות הניטשת בין חברי אקו"ם. לעניין זה יפים דבריו של ה- "DOJ" – משרד המשפטים האמריקאי⁶²:

"Blanket licenses reduce music users' ability and incentive to take advantage of competition among rights holders; under a blanket license, users realize no cost savings from using another PRO's (Performing Rights Organization, ש.ת) music or from direct licensing unless they succeed in substituting away from or directly licensing all ASCAP music"

כך למשל, בשוק תחרותי, עשוי יוצר להגיע להסדר עם משתמש, לפיו יתחייב האחרון להשתמש ביותר יצירות שהחבר חפץ בקידומן המסחרי, ובתמורה לכך ישלם תמלוגים בשיעור נמוך יותר (כך למשל, יוצר בראשית דרכו, יהיה מוכן, לצורך חשיפתו לקהל, להסתפק בתמלוגים נמוכים, על מנת שחברת תקליטים תהיה מוכנה להקליט ולהפיץ את יצירותיו). תופעה זו אינה קיימת בשווקי השימושים הדורשים רשיון שמיכה, והיא ביטוי נוסף לשלילת תחרות בין החברים בתחום זה.

5.4 ניהול זכויות באופן עצמאי

לא נעלמו מעיני מנגנון ההחרגה ומנגנון ההעברה החלקית (יחדיו להלן: "המנגנונים"), אשר על משמעותם עמדתי בסעיף 3.4 לעיל. יחד עם זאת, הן מבחינה משפטית והן מבחינה מהותית, אין בהם בכדי להפוך על פניה את המסקנה כי ההסדר הראשון וההסדר השני הסדרים כובלים הם.

ראשית, הוראת סעיף 11.1 לתקנון אקו"ם, הקובעת כי "בעל מניה לא יעביר ולא ישתמש בזכויות שהעביר לחברה לפני שקיבל רשות מהחברה בכתב ומראש" לא שונתה במסגרת התיקון האחרון שנערך בתקנון אקו"ם. בהתאם להוראה זו, כפוף יישומו של מנגנון ההחרגה לאישורה של אקו"ם, ומותר בידיה, הלכה למעשה, את שיקול הדעת אם להיענות לבקשת החבר להתקשרות פרטנית אל מול משתמש מסוים או להעברת הזכויות לאדם שלישי.

לשם ההשוואה, בארצות הברית אין החברים מעבירים לתאגידי הניהול המשותף את זכות הביצוע הפומבי, כי אם את הזכות להעניק רשיונות מכוח אותה זכות. השוני, בהיבט התחרות, הוא מהותי: כתוצאה ממנגנון זה, רשאים בארצות הברית הן החברים והן התאגידים לניהול משותף להעניק **רשיונות שימוש במקביל**, וזאת ללא צורך בשימוש במנגנון מקדים כלשהו.

⁶¹ על אספקט אנטי תחרותי זה עמד השופט Stevens בפרשת **BMI v. Broadcast Music Inc., v. Columbia Broadcasting Systems Inc.**, 441 U.S. 1 (1979), 99 S.Ct. 1557

⁶² שם, ר' ה"ש 56.



רשות ההגבלים העסקיים

שנית, כפי שיובהר להלן, אקו"ם היא בעלת מונופולין בשוקי ניהול זכויות היוצרים ביצירות מוסיקליות על מתן רשיונות השימוש בהן. על לקוחותיה של אקו"ם בשווקים אלה נמנים גם החברים בתאגיד. לאקו"ם כוח שוק אל מול חבריה, המתבטא במספר הוראות בתקנון שלה⁶³. כוח השוק של אקו"ם כלפי חבריה עלול לרוקן מתוכן את מנגנון ההחרגה ואת מנגנון ההעברה החלקית. בית הדין של האיחוד האירופאי עמד, בעניין אחר, על יכולתו של בעל המונופולין להניא את לקוחותיו מלממש את זכויותיהם:

"The argument that the merchants were entitled to discontinue their contractual relations with BG at any time has no force since the right to terminate a contract in no way prevents its actual application until such time as the right to terminate it has been exercised. It should be observed that an undertaking in a dominant position is powerful enough to require its customers not only to enter into such contracts but also to maintain them, with the result that the legal possibility of termination is in fact rendered illusory".⁶⁴

אין מדובר בחשש בעלמא. בדיקתה של רשות ההגבלים העסקיים העלתה, כי כוח שוק זה מתבטא במספר רב של דרכים, אשר יש בהם בכדי לעקר את האפשרות להפעלה יעילה של המנגנונים. ניסיון העבר מראה כי אקו"ם מטילה מכשולים שונים על יוצרים המעוניינים לממש את זכותם להחרגת זכויות.⁶⁵ כך קרה, שדירקטוריון אקו"ם החליט בשלב מסוים להוריד סוג המניה של חברים שביקשו לערוך עסקאות פרטניות שלא במסגרת אקו"ם לסוג נחות יותר, בתואנה כי אלה נקטו "במעשה העלול לפגוע בחברה".

שלישית, מבלי לשנות את מנגנון חישוב התעריפים עבור רשיונות שמיכה, כך שיותאם להיקף השימוש בו עושה המשתמש שימוש בפועל ביצירות המוגנות, לא יינתן למשתמשים, אשר מקבלים כיום רשיון שמיכה מאקו"ם, תמריץ ממשי להתקשרויות פרטניות בהיקף משמעותי עם חברי אקו"ם.⁶⁶ משתמש שרוכש רשיון שמיכה מאקו"ם, לא יהיה מעוניין לשלם ליוצר או למו"ל בנפרד עבור יצירותיו, אלא אם כן ידע בוודאות, כי כתוצאה מהפרדה זו שבין אקו"ם לבין היוצר או המו"ל הספציפי, הוא ישלם תמלוגים מופחתים לאקו"ם בגין השימוש החלקי ברפרטואר שלה. כל עוד מתמחרת אקו"ם באופן זהה רשיון שמיכה כולל ורשיון שמיכה ממנו הוחרג יוצר אחד או יותר, פוחת מאד התמריץ של משתמשים להתקשר גם עם יוצרים באופן ישיר.

⁶³ כך למשל, סעיף 10.6, המאפשר לדירקטוריון אקו"ם לשנות את כתב ההעברה, מחייב את היוצרים לחתום על כתב ההעברה החדש וקובע, כי אם לא יעשו כן, יהיה רשאי הדירקטוריון לעכב כל תשלום המגיע לבעל המנייה מהחברה.

⁶⁴ case T-65/89 BPB Industries PLC and British Gypsum Ltd. V. E.C. Commission, [1993] II E.C.R. 389, [1993] 5 C.M.L.R. 32, 54

⁶⁵ דוגמאות נוספות יימצאו באלה: כאשר ברצונו של חבר מסוים להתקשר באופן ישיר עם משתמש מסוים, עליו לחתום, כי ידוע לו, כי התקשרות ישירה כזאת עם המשתמשים מנוגדת לאמור בכתב ההעברה שעליו חתם, וכי יש בפעולה כזאת הפרה של תקנון החברה (ברוב המקרים נמחקה מהטופס שורה זו בכתב יד, אולם די בכך בכדי ללמד על הקשיים שמערימה אקו"ם על היוצרים); גם לאחר שהיוצר מודיע לאקו"ם על רצונו לנהל יצירות שונות באופן עצמאי, ממשיכה אקו"ם לנסות ולשכנע אותו לבצע את ההתקשרויות דרכה; לרשות ההגבלים העסקיים הגיעו גם תלונות מיוצרים, אשר ביקשו להוציא יצירות מסוימות מרפרטואר אקו"ם ונתקלו בקשיים, אשר אקו"ם הערימה בפניהם, בקבלת התמלוגים המגיעים להם בגין שימושים שנעשו ביצירותיהם עובר לבקשתם זו.

⁶⁶ לעניין זה, ר' החלטת הרשות האוסטרלית, ה"ש 41 לעיל, ס' 8.2.13 להחלטה.



רשות ההגבלים העסקיים

רביעית, נוסחו הנוכחי של סעיף 10.1 לתקנון אקו"ם אינו מאפשר לחברים להתקשר עם משתמש לגבי יצירה ספציפית אחת, להבדיל מסוג מסוים של יצירות. דבר זה מפחית את התמריץ של היוצר ושל המשתמשים לביצוע עסקאות פרטניות. המנגנון הקיים מאפשר לחבר לקבל לידיו זכויות מסוימות בקטגוריות שלמות של יצירות, אולם מנגנון זה לא מאפשר לו להעניק למשתמש מסוים, על דעת עצמו, רשיון שימוש ביצירה ספציפית.⁶⁷

חמישית, אף אם היו מנגנונים אלה מיושמים באופן יעיל, אין בהם אלא להקל את הפגיעה התחרותית שיוצרים ההסדרים הכובלים. כך למשל, יישומו של מנגנון דומה באירלנד ובאוסטרליה לא מנע מרשויות התחרות לקבוע, כי עסקינן בהסדר שיש בו בכדי להגביל את התחרות, אלא היווה אך נימוק למתן אישור. לכך יש חשיבות לאור העובדה כי מבנה חוק ההגבלים העסקיים אצלנו נושא אף הוא אופי של היתר ולא של שלילתם הקטגורית של הסדרים כובלים כבארה"ב.

5.5 אי תחולתו של סעיף (2)3 לחוק

הואיל ועיקרם של ההסדרים הכובלים נוגע למימושן של זכויות היוצרים של חברי אקו"ם ביצירותיהם, מתבקשת בחינת תחולתו האפשרית של הפטור הסטטוטורי הקבוע בסעיף (2)3 לחוק ההגבלים העסקיים.⁶⁸ ברם, עיון בלשונו ובהגיונו של הפטור מלמד בעליל כי אין הוא מעניינו.

סעיף (2)3 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כדלהלן:

"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 הנכס האמור כאמור ובין מקבל זכות השימוש בו;

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

על מנת שהסדר כובל, הנוגע לזכויות יוצרים, ייכנס בגדרו של סעיף (2)3 לחוק עליו לקיים את שני התנאים הבאים: ראשית, ההסדר הוא בין בעל זכות היוצרים לבין מקבל זכות השימוש בה, קרי - הדרישה היא **להסדר אנכי** במהותו; שנית, **שכל כבילותיו** נוגעות לזכות השימוש בזכות היוצרים.⁶⁹

⁶⁷ יחד עם זאת, בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה כי בפועל מתבצעות עסקאות פרטניות הנוגעות למתן רשיון שימוש לגבי יצירות פרטניות.

⁶⁸ בחינה זו מתבקשת לאור הערת אגב של כבוד השופט צור: "למעלה מהדרוש אציין כי אפילו אם ההסכמים שבין אקו"ם ובין חבריה או בין אקו"ם ובין האגודות האחיות בעולם היו הסדרים כובלים, הרי שמכוח הוראת סעיף (2)3 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח – 1988 לא ייחשב כהסדר כובל...". למען הסר ספק יובהר כי השופט סירב להכריע בשאלה האם אקו"ם מהווה הסדר כובל אם לאו. ר' ת"א 4087/02 אקו"ם נ' רזים – המכון הישראלי לתרבות הבריאות בע"מ ואח', (טרם פורסם), ניתן ביום 6.8.03, פסקה 8 לפסק הדין.



רשות ההגבלים העסקיים

אופיו והיקפו של הפטור הסטטוטורי נגזר בראש ובראשונה ממהותו: זכויות קניין רוחני ממומשות, כעניין שבשגרה, על דרך מתן רשיונות שימוש בהן. מתן רשיון, מטבעו, טומן בחובו גם מגבלות על מקבל הרשיון, ומגבלות אלה עלולות היו, אלמלא הוראותיו של סעיף 2(3) לחוק, להיחשב ככבילות על פי סעיף 2 לחוק. כך למשל, רשיון שימוש בתכנה, הניתן לבעל עסק תמורת תשלום סכום נקוב, יכול – כמעט בהגדרה – מגבלה על מספר המחשבים שניתן להתקין בהם את התוכנה או על מספר העובדים הרשאים להשתמש בה. רשיון שכזה עשוי להחיל גם הוראה הקובעת, שהרשיון ניתן לשימוש של בעל העסק בלבד וכי לא ניתן לו רשיון להפיץ את התוכנה לאחרים, בדומה לאדם הרוכש קלטת וידאו של סרט המקבל את הזכות להשתמש בה לשימוש ביתי אך לא לשימוש מסחרי. המגבלות בהן מדובר הן מגבלות שבעל הזכויות מטיל על מקבל זכות השימוש בהן, ואשר תכליתן היא למנוע ממקבל זכות השימוש לסחר את זכות השימוש שקיבל – לאדם אחר, שלא על דעתו של בעל זכויות היוצרים ושלא בתנאים שקבע. הגבלה זו מותרת לאור פגיעותה של זכות היוצרים, שאין מתקיים בה "חוק שימור המאסה": על אף שמקבל זכות השימוש כדין קיבלה לשימוש הוא בלבד, יכול הוא לסחור לאחרים ולרוקן את תוכן הכלכלי של זכויות היוצר, ואגב כך אין הוא גורע במאום מיכולתו שלו להמשיך ולעשות את השימוש שרכש.

בהעדר הוראה ספציפית בחוק ההגבלים העסקיים היו מגבלות טיפוסיות אלה על סיחורן הלאה של זכויות השימוש – נופלות תחת ההגדרה של הסדר כובל והיו נדרשות בגין קבלת אישור או פטור. מטרת הפטור שבסעיף 2(3) לחוק ההגבלים העסקיים, היא ליצור הרמוניה חקיקתית בין דיני ההגבלים העסקיים לבין דיני הקניין הרוחני, ולמנוע מהסדרים שזהו הרציונל שלהם ושכל כבילותיהם נוגעות לזכות השימוש באחת מזכויות הקניין הרוחני המוזכרות בסעיף, את הצורך בקבלת אישור או פטור. במובן זה הפטור שבסעיף 2(3) לחוק דומה במאפייניו לפטור שבסעיף 3(3). בשני המקרים רשאי בעל זכות הקניין להטיל מגבלות מסוימות על מי שמקבל זכות שימוש בנכס. ברור עם זאת כי סעיף 2(3) לחוק ההגבלים העסקיים לא בא להקנות חסינות רחבה לכל הסדר כובל שעניינו זכויות קניין רוחני. כל כולו בא לחפות על פגיעותה של זכות הקניין הרוחני, שבשונה מקניין גשמי, ניתנת היא להעברה לאחרים ועדיין יכול המעביר לשומרה אצלו ולהשתמש בה באותו היקף.

ההסדרים שלפנינו אינם מסוג ההסדרים עליהם חל הפטור הסטטוטורי שבסעיף 2(3) לחוק ההגבלים העסקיים. הפטור נועד לחול על הסדר אנכי במהותו. הדברים הוסברו היטב בדיונים בוועדת הכלכלה של הכנסת אשר שקדה על חקיקת הפטור דנא:

"כוונת הסעיף שהיוצר עצמו או בעל זכות היוצרים נותן למישהו להשתמש בזכות שלו והוא יכול להגביל את המקבל איך להשתמש בזכות, [ו]לא שבעלי זכויות שונות יעשו ביניהם הסכם...הסדר מותר באופן אנכי ואסור לעשות באופן אופקי...כשאני יצירתי פסל ואחר יצר פסל ואני מתחבר עם אחר או עם אחרים ויחד אנחנו קובעים שאנחנו לא נשווק את זה אלא בדרך

⁶⁹ לעניין תחולתו של סעיף 2(3) לחוק ההגבלים העסקיים על הסדרים אנכיים בלבד ר' קביעת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין קרטון גלי; הגבלים עסקיים 3001361; וכן ד' לוינסון זמיר, שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות, משפטים י"ט, תשמ"ט 143, בעמוד 180 ואילך.



רשות ההגבלים העסקיים

מסויימת, או שאנחנו לא נמכור את זה אלא בדרך אחרת, הקשר ההוריזונטלי אינו מוצדק ודורש אישור מהמועצה להגבלים עסקיים.⁷⁰

כאמור לעיל, ההסדר הראשון הוא הסדר כובל אופקי הגלום באקו"ם, שאינה אלא בבואה של חברה – הבעלים של זכויות היוצרים והם מתחרים בפועל או בכוח זה לזה. כלומר, מדובר בהסדר אופקי, המצוי מחוץ לגדרו של סעיף 3(2) לחוק.

אולם גם אם יטען הטוען כי יש להפריד הפרדה שהדין לא יכירנה בין היוצרים והמו"לים – מזה, למיזם המשותף – מזה, וכי קיימים יחסים אנכיים בין בעלי הזכויות חברי אקו"ם – לאקו"ם, הרי שגם אז אין הפטור חל כלל משום שאקו"ם אינה המשתמש בזכות היוצרים אלא עוסקת – עבור בעלי הזכויות – במתן הרשאות למשתמשים שכאלה. סעיף 3(2) רלבנטי דווקא ליחסים שבין אקו"ם למשתמשים. זאת ועוד: המגביל בהסדרי אקו"ם אינו בעל זכויות היוצרים – כהגיונו של סעיף 3(2) – אלא דווקא אקו"ם המקבלת את זכויות הקניין הרוחני מבעלי הזכויות.

אין צריך להכביר מילים על כך כי הסדרים אשר כאלה אינם אנכיים במהותם. דיני ההגבלים העסקיים מזהים את האישיות המהותית והכלכלית ומסיטים הצידה את מבחן האישיות המשפטית הנפרדת. כך, לא תישמע אקו"ם בטענה כי ההסדרים בינה לבין חברה – אנכיים הם, שכן אקו"ם אינה אלא חברה. לאמיתו של דבר אין אקו"ם אלא משווק משותף לגבי נקבע כבר בפרשת אהליך יעקב כי הינו הסדר כובל אופקי במהותו:

"לשיווק משותף נודעת השלכה שלילית על התחרות...שיתוף פעולה כזה עשוי להפוך את המשווק המשותף לכלי תיאום בין המתחרים... עולה מן האמור שהטכניקה של שיווק משותף אשר כוללת אלמנטים של תיאום בין מתחרים, הינה טכניקה קרטליסטית מובהקת המהווה הסדר כובל.⁷¹

דברי ימיו של חוק ההגבלים העסקיים רשמו גם הם את דחייתה של הקונסטרוקציה לפיה הסדר שיווק משותף בין עסקים מתחרים למשווק אחד הינו הסדר אנכי:

"בהעדר התחייבות מצד המשווק להתקשר עם ספק אחד בלבד נוצלו גם הוראות אלה לעקיפת החוק על ידי ריבוי הסדרים בין משווק אחד לבין מספר ספקים של מצרכים זהים או דומים.⁷²

בהתאם שונו הוראות הפטור הסטטוטורי להסדרים אנכיים, המצוי כיום בסעיף 3(6) לחוק, כך שיוחרג מפטור זה הסדר של משווק משותף, בהיותו הסדר אופקי במהותו.

הוא הדין, לעניין אי תחולת הפטור, בהוראות ההסדר השני. היות שהצדדים לו הם אקו"ם והאגודות האחרות – הבעלים של זכויות היוצרים, עסקינן בהסדר אופקי, המצוי מחוץ לגדרו של

⁷⁰ מדבריה של עו"ד מ. מזרחי (כתוארה אז) בוועדת הכלכלה של הכנסת – ישיבה מיום 10.11.1987, ע"מ 4-5 שם.

⁷¹ ת"פ 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ ואח' 2002 הגבלים עסקיים 3015193.

⁷² הצעת חוק לתיקון מס' 2 לחוק ההגבלים העסקיים, התשכ"ג – 1962, הצ"ח 530, התשכ"ג, ע"מ 4.



רשות ההגבלים העסקיים

סעיף 2(3) לחוק. גם בהתאם להוראות הסדר זה לא עושה אקו"ם כל שימוש בזכות היוצרים, כאמור לעיל.

כללם של דברים, אין הפטור שבסעיף 2(3) חל על הסדרים שבהם רכיב אופקי, קיים או מסתבר.

5.6 סיכום ביניים

הכבילות המתוארות, על הצברן הכולל, מהוות הסדר כובל כמשמעו בחוק. הואיל ובעלי זכויות יוצרים ברוב מניין ובניין של היצירות בישראל הם חברי אקו"ם, וקשורים לפיכך בתנאים המפורטים לעיל, הרי שנקל להסיק גם כי השפעתו של הסדר כובל זה על התחרות בעסקים היא השפעה משמעותית וממשית. כתוצאה מן הכבילות השונות המתוארות לעיל, פועלת אקו"ם בשם בעלי זכויות היוצרים באופן מתואם, ויוצרת **חזית אחת מול המשתמש**, מבלי שקיימת תחרות ממשית בהיבטי המוצר, המחיר ותנאי התקשרות – לא בין בעלי הזכויות לבין עצמם, לא בינם לבין אקו"ם, לא בין אקו"ם לבין מתחרים פוטנציאליים בארץ ולא בין אקו"ם לבין אגודות אחרות.

כאמור לעיל, קיומם של תאגידים לניהול משותף יוצר קשיים הנובעים מהיעדר תחרות ומקיומו של כוח מונופוליסטי הן כלפי המשתמשים ביצירות המוגנות והן כלפי בעלי הזכויות עצמם.

דיני ההגבלים הישראלים קובעים, כי שקילת התועלת אל מול הנזק שבהסדר תיעשה עובר לכריתתו, בהליך שעל הצדדים להסדר ליזום. אך כל עוד לא ניתן אישור לעשיית ההסדר הכובל – פעולה על פיו אינה חוקית. הואיל ואישור או פטור כאמור לקיומה ולפעילותה של אקו"ם לא נתבקשו עד היום, ופשיטא שלא ניתנו – מהווה אקו"ם – הסדר כובל בלתי חוקי. הנזק העיקרי הנובע מכך הוא בקיומו של כוח שוק לאקו"ם, הנובע הן מחבירת בעלי זכויות היוצרים והן מהסדרי ההתקשרות השונים ביניהם לאקו"ם. אף אם קיומו של כוח זה מחייב המציאות – ואיני קובע כי כך הוא – הרי שאין להשלים עם קיומו בלא מוסרות ורסנים המתחייבים מתחולת דיני ההגבלים העסקיים. חוליה סופית בשרשרת ההסדרים יוצרי כוח השוק דלעיל – גלומה במעמדה המונופוליסטי של אקו"ם בשוקי ניהול זכויות היוצרים לסוגיהן. היבט זה מחייב אף הכרזתה של אקו"ם כבעלת מונופולין.

6. אקו"ם - הסדר כובל היוצר מונופולין

בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה כי ההסדרים הכובלים המתוארים לעיל יוצרים מונופולין, כהגדרת מונח זה בסעיף 26 לחוק ההגבלים העסקיים, בשווקים בהם פעילה אקו"ם. לאור זאת, ובהתאם לסמכותי לפי סעיף 26(א) לחוק אני מכריז בזאת על אקו"ם כבעלת מונופולין בשווקים הבאים:

1. ניהול זכות השידור ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה;
2. ניהול זכות הביצוע הפומבי ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה;
3. ניהול זכות ההעתקה ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה;
4. ניהול זכות ההקלטה ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה;
5. ניהול זכות הסינכרוניזציה ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה;



רשות ההגבלים העסקיים

6.1 ניהול זכויות יוצרים

כבר ציינתי כי במסגרת כתב ההעברה מעבירים חברי אקו"ם לאקו"ם, את זכויות היוצרים שלהם ביצירותיהם המוסיקליות הגמורות והבלתי גמורות, הן באלה שכבר יצרו והן באלה שייצרו בעתיד. העברת זכויות היוצרים מהחברים לאקו"ם הינה בלעדית.

העברה זו מהווה את הבסיס ליכולתה של אקו"ם לנהל את זכויות היוצרים של חבריה. העובדה שזכויות היוצרים מצויות בידיה, מאפשרת לאקו"ם להציע לחבריה שירותי ניהול שונים, אשר העיקריים בהם הינם: מימוש זכות היוצרים על דרך של הענקת רשיונות שימוש למשתמשים (לרבות ניהול המשא ומתן עם המשתמש לגבי תנאי הרשיון), אכיפה של זכות היוצרים במקרה שזאת הופרה, גביית התמלוגים מהמשתמשים השונים וחלוקתם בין חבריה ועוד. לציבור המשתמשים מציעה אקו"ם רשיונות שימוש שונים, הנחוצים לציבור הזה על פי דין ואשר אקו"ם היא, לרוב, הספק הכמעט בלעדי שלהם.

6.2 זכויות היוצרים המנוהלות על ידי אקו"ם

זכויות היוצרים המצויות בידי אקו"ם ומנוהלות על ידה הן: זכות השידור, זכות הביצוע הפומבי, זכות ההעתקה, זכות ההקלטה, זכות הסינכרוניזציה וזכות ההשכרה וההשאלה.

אקו"ם הודיעה לרשות ההגבלים העסקיים, כי בשלב זה, אין היא מעניקה רשיונות שימוש המתירים השכרה והשאלה של יצירות, זכות אשר נוספה לפקודת זכות יוצרים רק בשנת 1996. לפיכך, כל עוד זה המצב, אין הכרזתי זאת מתייחסת לזכות ההשכרה וההשאלה.

6.3 השחקנים בתחום ניהול זכויות היוצרים

מלבד אקו"ם קיים בישראל תאגיד אחד נוסף לניהול משותף של זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות: מזמור שיר, שפעולתו תחומה למקטע ספציפי וצר של יצירות. אף היוצרים החברים במזמור שיר מעבירים לניהולו, באופן בלעדי, את זכויות היוצרים, המועברות על ידי חברי אקו"ם – לאקו"ם.

כאמור לעיל, בפני החבר באקו"ם עומדת גם האפשרות לנהל את זכויותיו בעצמו. אפשרות זו ניתנת למימוש, בין אם החליט החבר שלא להצטרף לאקו"ם מלכתחילה, בין אם החליט לעשות שימוש במנגנון ההעברה החלקית ובין אם החליט לעשות שימוש במנגנון ההחרגה הנזכר בסעיף 5.4 לעיל. במקרים אלו באפשרות היוצר לנהל את זכויותיו בעצמו ולא באמצעות אקו"ם.

6.4 המסגרת המשפטית

סעיף 26(א) לחוק קובע כי יראו כמונופולין:

"ריכוז של יותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים ומכלל רכישתם, או של יותר ממחצית מכלל מתן שירותים, או מכלל רכישתם, בידי של אדם אחד (להלן – בעל המונופולין). על קיומו של בעל מונופולין כאמור יכריז הממונה בהודעה לרשומות."



רשות ההגבלים העסקיים

המבחן הקבוע בחוק הוא מבני – עובדתי. מבחן זה מקים חזקה, כי אחיזתו של גוף ביותר ממחצית מכלל אספקת הנכסים בשוק נתון, מבטאת שליטה בשוק וכי זו מצדיקה קביעה בדבר קיום מונופולין ובדבר כפיפותו של בעל המונופולין לחובות המיוחדות הכלולות בחוק.⁷³

קביעתו העקרונית של בית הדין להגבלים עסקיים **בפרשת בזק** היא, כי ככלל, אם נמצא כי חלקו של אדם באספקת סוג מוצרים עולה על מחצית – על הממונה להכריז עליו בעל מונופולין וכי שיקול דעתו של הממונה האם להכריז על אדם שכזה בעל מונופולין אם לאו, הוא צר ומצומצם ושומר למקרים חריגים.⁷⁴

6.5 הגדרת השוק

הגדרת השוק בדיני התחרות אינה אלא איתור הקבוצה המצומצמת ביותר של מוצרים שניתן לראותם כתחליפים קרובים זה לזה. המבחן הנהוג בדיני התחרות להגדרת השוק הוא מבחן "המונופול ההיפותטי": לו אדם אחד ישלוט בכלל אספקת שירותי ניהול זכות יוצרים מסוג פלוני, לרבות מתן רשיונות שימוש בה, האם יוכל הוא להעלות את מחיר המוצר ב- 5% עד 10% ממחירו התחרותי, כך שהעלאה זו לא תגרום לו להפסד מהמהלך בכללותו. ההנחה היא כי בשוק תחרותי יגיבו הצרכנים להעלאת מחיר כזו ב"בריחה" לספקים אלטרנטיביים. אם אין הם יכולים לעשות כן, או אם נטישת חלק לא מהותי של צרכנים תפוצה על ידי רכישות שאר הצרכנים אשר נשארו נאמנים למוצר חרף התייקרותו – כי אז תהא זו הגדרת השוק הנכונה. זאת, משום שמשמעה של הגדרה זו היא תחימת כלל המוצרים ששליטה ביד אחת בהם תניב כוח שוק – הוא הנזק שלמניעתו ולריסונו כונן חוק ההגבלים העסקיים.

הקריטריון המרכזי להכללת מוצרים בשוק אחד הוא מידת התחליפיות ביניהם בעיני הצרכן. תחליפיות זו מהווה ערובה לקיומן של אלטרנטיבות לאספקת מוצרים לצרכן. משמעות קיומה הוא כי אם יעלה הספק של מוצר פלוני את מחיר המוצר המסופק על ידו, יפנו צרכנים למוצרים אחרים המהווים תחליף קרוב בעיניהם. התחליפיות מבטיחה, איפוא, את ריסונו של כוח השוק המצוי בידי בעל מונופול בשוק. בהיבט האיכותי התחליפיות הנדרשת היא **קרובה, משמעותית וישירה** ואינה משתרעת על מוצרים שיהיו תחליף זה לזה רק בנסיבות חריגות או בהעלאת מחיר גדולה מאוד.

ככלל, יש לראות בניהול של זכות יוצרים מסוג פלוני, לרבות מתן רשיונות שימוש בה, שוק נפרד מניהול של זכות יוצרים מסוג אחר. הסיבה לכך נעוצה בכך שלא קיימת תחליפיות מצד הביקוש (המשתמשים) בין הסוגים השונים של זכויות היוצרים. שימוש מסוים ביצירה מצריך מימוש זכויות יוצרים ספציפיות (ביצוע פומבי למשל), בעוד שזכויות יוצרים אחרות (סינכרוניזציה לדוגמא) אינן תחליף קרוב עבור שימוש זה.⁷⁵ עוד יש לזכור כי, ככלל, כל סוג זכות יוצרים עומד בפני עצמו. מכאן

⁷³ הכרזה בדבר קיום מונופולין – חברת חשמל לישראל בע"מ, 1999 הגבלים עסקיים 3001749.

⁷⁴ ערר 7/95 "בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, 1997 הגבלים עסקיים 3001553.

⁷⁵ לדוגמא: תחנת רדיו וזקוקה לצורך שידור יצירות מוסיקליות לרשיון שימוש המאפשר לה לשדר יצירות (ועל ידי כך אקו"ם מממשת את זכות השידור), להקליט יצירות לצרכי שידור ולצרכים ארכיוניים (מימוש זכות ההקלטה), בעוד שמימוש זכויות יוצרים אחרות, דוגמת זכות הסינכרוניזציה, לא יענו על הצרכים שלה.



רשות ההגבלים העסקיים

שלא ניתן "ליצור" זכות יוצרים מסוימת ע"י שילוב של סוגי זכויות יוצרים אחרות. כך לדוגמא, לא ניתן לממש את זכות השידור אם יינתן על ידי אקו"ם רשיון המתיר מימוש זכויות אחרות, כגון זכות ההקלטה או זכות ההשמעה. עבור המשדר אין מדובר בתחליף קרוב וישיר.

אקו"ם מעניקה למשתמשים רשיונות שימוש המותאמים לשימושים ספציפיים הנדרשים להם לצורך פעילותם. ברשיונות אלה מנויים השימושים המותרים למשתמש, כך שכל שימוש מהווה מימוש של זכות או זכויות יוצרים המצויות בידי אקו"ם. מאחר שאקו"ם היא בעלת מונופולין באספקה ובניהול של כל אחת מסוגי זכויות היוצרים, לרבות מתן רשיונות שימוש בהן, באפשרותה, לספק למשתמשים השונים את רשיונות השימוש הנדרשים להם לצורך פעילותם, וזאת על ידי שילובים שונים של זכויות היוצרים השונות. כך למשל, שידור בטלוויזיה הנו שימוש המצריך את מימוש זכות השידור, זכות הסינכרוניזציה ואת זכות ההקלטה לצורכי שידור וצרכים ארכיוניים. כל אלה מצוים בידי אקו"ם.⁷⁶

6.6 אקו"ם – בעלת מונופולין

משהוגדר השוק הרלוונטי יש לכמת את חלקו בשוק של האדם אשר מעמדו כבעל מונופולין עומד לבחינה. במקרה שלפני יש למדוד את חלקה של אקו"ם בשווקים השונים לניהול זכויות יוצרים, לרבות מתן רשיונות שימוש בהן. לצורך חישוב נתח השוק של אקו"ם, במונחים כמותיים, בכל אחד מהשווקים בהם היא פעילה, התייחסתי לא רק למספר היצירות הכלולות ברפרטואר אקו"ם, אלא למספר הגרסאות של אותן יצירות מוסיקליות, אשר הזכויות הטבועות בהן מנוהלות על ידי אקו"ם.⁷⁷ לכל גרסה צמודות כל זכויות היוצרים, אותן מנהלת אקו"ם. מכאן, שבהתאם למספר הגרסאות הכלולות ברפרטואר אקו"ם ניתן לאמוד את נתח השוק של אקו"ם בניהול זכויות אלה.

נתח השוק של אקו"ם, במונחים כמותיים, נמדד על בסיס היחס בין מספר הגרסאות המנוהלות על ידי אקו"ם לבין סה"כ הגרסאות המנוהלות על ידי אקו"ם, על ידי מזמור שיר וגם על ידי יוצרים באופן עצמאי.

מתברר כי בין רשות השידור לבין אקו"ם קיים הסכם, לפיו מעבירה רשות השידור תמלוגים לאקו"ם גם עבור יוצרים שאינם חברים באקו"ם (ומכאן שזכויות היוצרים שלהם אינן מנוהלות על ידה), אשר יצירותיהם שודרו ע"י רשות השידור. במסגרת הסכם זה התחייבה אקו"ם להעביר תמלוגים אלה ליוצרים שאינם חברים (להלן "הסכם רשות השידור"). באמצעות הסכם רשות השידור ניתן לקבל אומדן של אחוז הגרסאות שלא מנוהלות ע"י אקו"ם מסך כל הגרסאות, ובכך הוא נותן אינדיקציה ממשית לנתח השוק של אקו"ם מבחינה כמותית.

⁷⁶ ניתן להבחין גם בסיווגים אחרים של שווקים: כך, מנקודת מבטם של המשתמשים, ניתן לסווג לפי ז'אנרים שונים של מוסיקה (מוסיקה ים תיכונית, פופ, רוק, ג'אז ועוד). ניתן אף להבחין בסוגי שווקים הנגזרים משימושים שונים של משתמשים. ברם בכל אלה אין כדי לשנות לעניין החלטתי זו, שכן ממילא חוצה חלקה של אקו"ם את רף המחצית גם בסיווגים כאלה. תוצאה זו ברורה מאחר ואקו"ם חולטת על כמעט כל היצירות המוגנות ברפרטואר הישראלי והזר ולפיכך בידה כל מרכיבי השימושים הנדרשים בשווקים אלה לסוגיהם.

⁷⁷ למספר רב של יצירות מוסיקליות קיימות מספר גרסאות. בהתאם לכך, כולל רפרטואר אקו"ם את מספר הגרסאות שיש לכל יצירה ולא רק את מספר היצירות. כך למשל ליצירה "ירושלים של זהב" חוברו כ-170 גרסאות. גרסאות אלה כוללות, הן את הגרסאות של היצירות המוסיקליות הישראליות והן את הגרסאות של היצירות המוסיקליות הלוועזיות, המנוהלות על ידי אקו"ם, מכוח הסכמיה עם האגודות האחיות.



רשות ההגבלים העסקיים

מניתוח זה עולה כי בשנת 2002 היוו סך הגרסאות של היצירות המוסיקליות המנוהלות על ידי אקו"ם למעלה מ-95% מסך הגרסאות של יצירות מוסיקליות, ששולמו עבורן תמלוגים בישראל.

חיזוק נוסף לנתח השוק של אקו"ם התקבל מדברי מנהלי אקו"ם, כי רוב רובם של היוצרים והמו"לים, בעלי זכויות יוצרים במגוון רחב של יצירות בחרו באקו"ם, כגוף מוסמך לנהל את זכויותיהם ביצירות, בעוד שהיוצרים אשר אינם חברים באקו"ם הם, לרוב, יוצרים בעלי יצירה בודדת או יצירות בודדות.

היות ובכל גרסה טבועות זכויות השידור, הביצוע הפומבי, ההעתקה, ההקלטה והסינכרוניזציה - ניתן לאמוד את נתח השוק של אקו"ם, בכל אחד מן השווקים בהם היא פעילה, בכמעל 95% וזאת למעט זכות הסינכרוניזציה אשר חלקה של אקו"ם בניהול זכות זו, נמוך מ-95%, אך בכל מקרה אינו נופל מ-75%⁷⁸.

אשר למזמור שיר, המנהל כאמור את אותן סוגי זכויות יוצרים המנוהלות על ידי אקו"ם, הרי שמתברר כי הוא עושה כן אך ורק בסוג יצירות אחד - מוסיקה יהודית דתית. מזמור שיר מאגד בתוכו מספר קטן יחסית של יוצרים ומנהל זכויות יוצרים במספר קטן של יצירות. זאת ועוד. בדיקת רשות ההגבלים העסקיים העלתה כי בשנים 2002 ו-2003 לא קיבל מזמור שיר הכנסות ממשיות כלשהן ממשותמשים כלשהם. לאור זאת, ברי כי פעילותו של מזמור שיר בניהול של כל אחת מזכויות היוצרים ביצירות מוסיקליות, לרבות מתן רשיונות שימוש בהן, אינה משמעותית, ואין בה בכדי לשנות ממסקנתי.

קיים קושי מסוים לאמוד את נתח השוק של אקו"ם במונחים כספיים היות ואקו"ם מקבלת תמלוגים בעבור רשיונות השימוש שהיא מנפיקה, המשלבים לעיתים מספר זכויות יוצרים, וזאת להבדיל מקבלת תמלוגים עבור כל זכות וזכות בנפרד. ברם, בחינת כלל הכנסות אקו"ם מתמלוגים, שהשתלמו לה על ידי כלל המשתמשים, מעלה כי התמלוגים ששולמו לאקו"ם בשנת 2002 היו למעלה מ-95% מסך כל התמלוגים, ששולמו לכלל היוצרים (בין אם חברים באקו"ם או במזמור שיר ובין אם הם מנהלים את זכויותיהם באופן עצמאי⁷⁹) עבור שימוש ביצירותיהם המוסיקליות. קיימים אפוא שולי בטחון נרחבים, המצדיקים, לפי מבחן הראיה המנהלית, את הקביעה כי גם בהיבט זה מהווה אקו"ם בעל מונופולין.

6.7 סוף דבר – הכרזה

אשר על כן, בתוקף סמכותי לפי סעיף 26(א) לחוק, אני מכריז בזה על אקו"ם כעל בעלת מונופולין בשווקים הבאים: 1. ניהול זכות השידור ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה;

⁷⁸ בשוק ניהול של זכות הסינכרוניזציה, לרבות מתן רשיונות שימוש בה, ניכרים מקרים בהם היוצרים מספקים רשיון לשימוש בזכות הסינכרוניזציה במסגרת תשדירי פרסומות שלא באמצעות אקו"ם. רשיונות אלו הם פרטניים, כאשר הם מתייחסים ליצירה ספציפית. מנתונים שהתקבלו מאקו"ם עולה כי כ-25% בלבד מרשיונות השימוש בזכות הסינכרוניזציה לצורכי פרסומות אינם ניתנים ע"י אקו"ם. כמו כן, מספקת אקו"ם את זכות הסינכרוניזציה כחלק מרשיון השימוש לתאגידי שידור ולחברות רט"ן (עבור השירות קריוקי אנימציה), שהם רשיונות שמיכה. לאור זאת, נראה כי גם בשוק זה חלקה של אקו"ם לא נופל בהרבה מחלקה בשווקים האחרים.

⁷⁹ יוצרים שניהלו את זכויותיהם באופן עצמאי וקיבלו תמלוגים מתוקף הסכם רשות השידור.



רשות ההגבלים העסקיים

2. ניהול זכות הביצוע הפומבי ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 3. ניהול זכויות ההעתקה ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 4. ניהול זכות ההקלטה ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה; 5. ניהול זכות הסינכרוניזציה ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רשיונות שימוש בה.

הודעה על קביעתי זו תימסר לאקו"ם. קביעתי זו בדבר היות אקו"ם בעלת מונופולין תהא ראהי לכאורה בכל הליך משפטי. אקו"ם רשאית לחלוק על קביעתי זו בדרך של הגשת ערר לבית הדין להגבלים עסקיים בתוך 30 יום ממועד קבלת ההודעה.

7. טענות אקו"ם בפני הממונה

הליך בדיקת הסדריה ומעמדה של אקו"ם אך עת רבה. אקו"ם על חברה ומוסדותיה הביאו בפני טענות רבות, באמצעות באי כוחה של אקו"ם.⁸⁰ רובן של הטענות זכו להתייחסות בקביעתי זו. כך, נטען בפניי כי אין התאגדותה או פעילותה של אקו"ם עולות כדי הסדר כובל, כי אין בחברים בה כאלה המתחרים זה בזה, הן משום שאין הם עולים כדי "מנהלי עסקים" כמשמעות מונח זה בחוק ההגבלים העסקיים, הן משום שלקביעת המחיר על ידי אקו"ם לא מתלווה כל תיאום עם צד שני כלשהו, והן משום שבאף מדינה לא נקבע כי התאגדות ו/או פעילות כגון דא מפרה את הוראות חוק ההגבלים העסקיים.

הפכתי והפכתי בטענות אלה של אקו"ם, אך לא מצאתי בהן ממש, בפרט בראי ההווה המעשית הקיימת בשוקי ניהול זכויות היוצרים בישראל. דיני ההגבלים העסקיים אינם מסגרת פורמלית גרידא, המרחפת בחלל האוויר. אכיפתם אינם עניין לטיעונים תיאורטיים. דינים אלה יונקים את חיותם מן ההווה הכלכלית הקיימת ואכיפתם נגזרת, קודם לכול, מקיומו של כוח שוק לגוף ספציפי ומקיומם של הסדרים כובלים באקו"ם (שאינה אלא בבואתם המשותפת של היוצרים ובעלי הזכויות) המזינים כוח שוק זה ומקנים לאקו"ם מעמד שולט, כמעט בלעדי ומונוליטי, בשווקים הרלבנטיים.

בנוסף לטענות אלה, טענה בפני אקו"ם כי "ללא אקו"ם אין ולא יכול להיות שוק שימוש כדין בזכויות יוצרים, וממילא התאגדותה וקיומה של אקו"ם אינה פוגעת ואף אינה מפחיתה תחרות בענף הרלבנטי. נהפוך הוא: אקו"ם היא יוצרת הענף – בלעדיה אין ענף כלכלי כלשהו".

אין בידי לקבל טענה זו. ראשית, העובדה שמדובר במיזם משותף אינה מעניקה חסינות מפני דיני ההגבלים העסקיים, גם אם אלה מכירים בכך שקיימים מיזמים משותפים המאפשרים יצירתם של מוצרים חדשים שלא ניתן היה ליצרם בדרך אחרת. לאור זאת אין זה מפתיע כי בפרשת BMI קבע בית המשפט העליון בארה"ב כדלקמן:

⁸⁰ דבר קיומו של ההליך בפניי הובא בפני חברי אקו"ם במסגרת אסיפה כללית של החברה. אלה דנו בתיקונים שונים בתקנון אקו"ם אשר לדעתם היו מחוייבי המציאות לאור התערבותו של הממונה על ההגבלים העסקיים. על אלה נמנים תיקוני התקנון לעניין ההעברה החלקית וההחרגה הנזכרים לעיל בסעיף 5.4 להחלטתי זו. גם בישיבות שקיימו נציגי הרשות עם נציגי אקו"ם הובאו שלל טענות אשר נבדקו לגופן, לרבות לגבי מהות פעילותה של אקו"ם כנציגת היוצרים.



רשות ההגבלים העסקיים

"Both organization plainly involve **concerted action** in a large and active line of commerce, and it is not surprising that, as the district court found: "[n]either ASCAP nor BMI is a stranger to antitrust litigation"⁸¹

גם בישראל גלומה באקו"ם פעילות מאוחדת של בעלי זכויות היוצרים החברים בה. למעשה מהווה אקו"ם גם **איגוד עסקי**, הבא לקדם את ענייניהם העסקיים של חבריו, בעלי זכויות היוצרים. הסדרה האחידים אינם אלא "קו פעולה" כמשמעו בסעיף 5 לחוק ההגבלים העסקיים.

אקו"ם ממשיכה וטוענת כי אין עסקינן במיזם משותף "רגיל" אלא בחברה ליצירת מוצר משולב, הוא הרשיון הגורף בו דיברתי לעיל. ברם, גם לו הייתי מקבל כי חברה זו – במתכונתה הגורפת מאד של אקו"ם, החריגה בהיקפה גם ביחס למדינות אחרות – עדיין אין בכך לגרוע מן החובה לקבל למיזם זה אישור מוקדם של בית הדין להגבלים עסקיים. בפרט כך כשאין חולק כי עסקינן במיזם היוצר כוח שוק.

אכן, בישראל מוגשות לא אחת בקשות פטור עבור מיזמים משותפים אשר יוצרים מוצרים משולבים: כך לשם הדוגמה בלבד, הענקתי לבנקים פטור, כאמור בסעיף 14 לחוק, להסדר שעניינו החזקה משותפת של הבנקים בחברה שירותי בנקאות אוטומטיים בע"מ ("שבא") וכן פטור לגביית עמלה בינ-בנקאית בגין שימוש הדדי במכשירי בנק אוטומטיים.⁸²

שנית, טענה זו, באופן הגורף הנטען על ידי אקו"ם, נדונה ונדחתה בפרשת BMI. הורתה ולידתה של הטענה היא במקרים בהם מנהל התאגיד את זכות הביצוע הפומבי בלבד, ומציע למשתמשים אך ורק רשיון גורף. ברם, להבדיל מתאגידים המקבילים לה בעולם, מנהלת אקו"ם זכויות רבות **בנוסף** לזכות הביצוע הפומבי ובהן: זכות ההקלטה, זכות ההעתקה, זכות הסינכרוניזציה וזכות השידור. קיימים משתמשים רבים, אשר די להם ברפרטואר חלקי של יוצרים מסוימים, והם אינם זקוקים לרשיון המקיף את הרפרטואר של כלל היוצרים. כך למשל רשיון גורף אינו מהווה פתרון הולם עבור משתמשים המעוניינים בשילוב של יצירה ספציפית לתוך פרסומות או לצורך שילובה בסצינה בסרט קולנוע. כך גם לגבי משתמשים המעוניינים בעריכת שירון לחג, מפיקי תקליטים חד פעמיים ועוד רבים אחרים.

מבדיקה שערכה רשות ההגבלים העסקיים עולה, כי תחרות בין היוצרים אפשרית אף ללא מעורבותה של אקו"ם. מנתונים שמסרה אקו"ם לרשות, עולה כי כ-25% מכלל העסקאות שעניינן בשילוב יצירות מוסיקליות בפרסומות נעשו כלל ללא מעורבותה של אקו"ם, אלא באופן ישיר בין היוצר/המו"ל לבין המשתמש. כך גם התבצעו עסקאות שעניינם בהפקת תקליטים, ובשימושים נוספים. מכאן, שאף מבחינה עובדתית אין בידי לקבל את טענתה של אקו"ם בדבר היעדר שוק בלעדית.

⁸¹ ראה פסי"ד BMI, ה"ש 61 לעיל, בעמוד 1557.

⁸² ראה החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל להסדר שירותי בנקאות אוטומטיים בע"מ וקביעת עמלות הדדיות בין: בנק הפועלים בע"מ, בנק לאומי לישראל בע"מ, בנק המזרחי המאוחד בע"מ, בנק דיסקונט בע"מ, הבנק הבינלאומי הראשון לישראל בע"מ, 2002 הגבלים עסקיים 3014682.



רשות ההגבלים העסקיים

שלישית, אף בכל הנוגע לזכות הביצוע הפומבי, העלתה בדיקת הרשות, כי קיימות התקשרויות פרטניות שונות (אף כי מעטות) בין יוצרים בעלי שם לבין גופים עסקיים. אין אפוא לשלול שלילת סף את פוטנציאל התחרותיות של שווקי זכויות יוצרים. עמד על כך השופט Stevens בפרשת BMI:

“Moreover, the record also shows that where ASCAP’s blanket license scheme does not govern, **competitive markets do**. A competitive market for “synch” rights exists, and after the use of blanket licenses in the motion picture industry was discontinued, such a market promptly developed in that industry. In sum, the record demonstrates that the market at issue here is one that **could be highly competitive**, but is not competitive at all”⁸³

8. סוף דבר

בהתאם לסמכותי לפי סעיפים 43(א)(1) ו-26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, אני קובע כי ההסדרים המתוארים בקביעתי זאת, בדבר הקמתה ופעילותה של אקו"ם הם הסדרים כובלים המבססים לאקו"ם מעמד של בעלת מונופולין. על מנת לאפשר לאקו"ם לפנות לבית הדין להגבלים העסקיים בבקשה לאישור הסדר כובל ולקבלת היתר זמני, אני מודיע בזה כי רשות ההגבלים העסקיים תימנע מאכיפת הוראות חוק ההגבלים העסקיים על אקו"ם לתקופה של 60 יום ממועד החלטתי זו.

הסדרים כובלים אלה הופכים את אקו"ם לבעלת מונופולין, כאמור בסעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים בכל אחד מן השווקים הבאים: 1. ניהול של זכות השידור ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה; 2. ניהול של זכות הביצוע הפומבי ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה; 3. ניהול של זכות ההעתקה ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה; 4. ניהול של זכות ההקלטה ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה; 5. ניהול של זכות הסינכרוניזציה ביצירות מוסיקליות, לרבות אספקת רשיונות שימוש בה.

כאמור בסעיף 43(ה) לחוק ההגבלים העסקיים תהא קביעה זו ראייה לכאורה לנקבע בה בכל הליך משפטי.

זכות ערר על החלטתי זו לבית הדין להגבלים עסקיים, נתונה כקבוע בסעיף 43(ג) לחוק, תוך שלושים ימים ממועד ההודעה על החלטתי זו.

דרור שטרם

הממונה על הגבלים עסקיים

ירושלים, ח'–ניסן–תשס"ד

30 מרץ, 2004

⁸³ פ"ד BMI, הערה 61 לעיל.