

לכבוד
מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי)
אשכול קניין רוחני
משרד המשפטים
ירושלים
שלום רב,

הנדון: תזכיר חוק זכויות מבצעים ומשדרים (תיקון מס' ...), התשע"ו-2016

'צוות מעקב חקיקה' במכון ש. הורוביץ לקניין רוחני ע"ש ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל, הפועל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, מתכבד להגיש הערות ביחס לתזכיר החוק שבנדון.

א. רקע

1. חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984 (להלן: **חוק זכויות מבצעים ומשדרים** או **החוק**) התקבל בכנסת ביום 13 ביוני 1984.¹ בחלוף 32 שנים ונוכח ההתקדמות הטכנולוגית הענפה, המסגרת הנורמטיבית של החוק טעונה התאמה לעידן המודרני: הטכנולוגי, העסקי והתרבותי. תזכיר החוק שבנדון מתייחס לסוגיה זו, בין היתר.
2. נייר עמדה זה מתמקד בסוגיה אחת מתוך אלה שבתזכיר, והיא אפיונו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג הפועל מכוח החוק כהסדר כובל.

עיקרי תזכיר החוק

3. לתזכיר החוק שלוש מטרות עיקריות. האחת, עדכון זכויות המבצעים והתאמתן לעידן המודרני (למשל, הוספת זכות ההעמדה לרשות הציבור לאגד הזכויות של המבצעים, עדכון סעיפי הזכות המוסרית וסעיפי השימושים המותרים, ועוד).
4. השנייה, הארכת תקופת ההגנה על זכויות מבצעים בביצוע למשך **שבעים** שנה מתום השנה שבה קובע הביצוע החי (ואם בתוך תקופה זו פורסם הביצוע בתקליט, שבעים שנים מיום הפרסום לראשונה).² זאת, במקום המצב היום שמקנה הגנה למשך **חמישים** שנה מיום כניסת חוק זכויות מבצעים ומשדרים לתוקף.³
5. השלישית, הוספת הוראות לעניין אופי פעילות ארגון התמלוגים היציג הפועל זה מכבר. התזכיר מציע להחיל על ארגון התמלוגים חובות שוויון ושקיפות הן כלפי מבצעות שהן חברות בארגון, והן כלפי מבצעות שאינן חברות בארגון. בכך נתמקד כאן.

¹ [חוק זכויות מבצעים, התשמ"ד-1984](#), ס"ח תשמ"ד, עמ' 157.

² כלומר, אם הביצוע קובע אך לא פורסם מעולם – הוא יהיה מוגן למשך שבעים שנים מיום הקיבוע. אולם, אם הביצוע קובע, ופורסם לראשונה לאחר תקופה הקצרה משבעים שנים מיום הקיבוע, אזי מועד ההגנה יתחיל מיום הפרסום לראשונה.

³ הצעת חוק דומה הוגשה לכנסת ביום 27 ביולי 2015, ראו: [הצעת חוק הארכת תקופת זכות יוצרים בתקליט וזכויות מבצעים \(תיקוני חקיקה\), התשע"ה-2015](#). ראו את הערות צוות "מעקב חקיקה" של מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג (2016): https://en-law.tau.ac.il/sites/law-english.tau.ac.il/files/media_server/Law/S.%20Horowitz%20Institute/DurationofPhonograms.pdf

ב. ארגון התמלוגים היציג

מעמדו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג בראי החוק

6. טרם ניכנס לעובי הקורה, נעמוד בתמצית על מודל ואופי הפעילות של ארגון לגביית תמלוגים. החברים בארגון מעבירים לארגון באופן בלעדי את זכויותיהם, או חלק מאגד הזכויות שלהם ביצירותיהם, ואילו הארגון פועל למתן הרשאות לשימוש באותן יצירות תוך שהוא (הארגון) גובה תמלוגים עבור שימוש זה למען החברים בארגון, ומחלק אותם לחברים.
7. כך למשל, במקרה של אקו"ם (אגודת קומפוזיטורים, ומחברים ומו"לים), היוצרים החברים בארגון מעבירים אליו את זכותם לביצוע פומבי בקשר ליצירותיהם. אקו"ם מנהלת מערך רישיונות למשתמשים מסוגים מגוונים. ההרשאה למשתמשים (למשל, בעלי בית-קפה או תחנת רדיו) היא על דרך של הענקת רישיונות גורפים או "רישיונות שמיכה" (blanket licenses). רישיונות מסוג זה מאפשרים למשתמשים לעשות שימוש בכל רפרטואר היצירות המנוהל על-ידי אקו"ם. בנוסף להענקת הרישיונות ולגביית התמלוגים עבורם, פועלת אקו"ם לאכיפת הזכויות במקרים של הפרה. כמו-כן, אקו"ם קשורה בהסכמים עם גופים זרים לניהול משותף של זכויות יוצרים ("אגודות אחיות"), מכוחם מנהלת אקו"ם בישראל את הזכויות המנוהלות על-ידי אותם גופים.⁴
8. סעיף 3א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים מורה כי למבצע יש זכות לקבלת תמלוג ראוי בגין פעולות מסוימות ביצירתו: השמעה או ביצוע.⁵ כפועל יוצא מכך, החוק מכיר בקיומו של ארגון תמלוגים יציג (להלן: **ארגון התמלוגים** או **הארגון**) וקובע את תפקידיו וחובותיו של ארגון זה. לפי סעיף 3א(ב) לחוק הנוכחי, זהות הארגון התמלוגים נקבעת לפי היקף הייצוג: הארגון היציג יהיה זה המייצג את המספר הגדול ביותר של מבצעים ובעלי זכויות מבצעים.
9. בישראל פועלים נכון להיום (יוני 2016) שני ארגונים שמהווים יחדיו ארגון תמלוגים יציג, באשר שניהם ביחד מייצגים את מרבית המבצעים ובעלי זכויות המבצעים – אשכולות ועילם. אשכולות מתמקדת בזכויות מבצעים המתמחים באמנויות הבמה, ועילם מתמחה בזכויות מבצעים מוסיקליים.
10. **אשכולות** היא חברה פרטית לזכויות מבצעים.⁶ החברה מייצגת אמנים מבצעים בישראל, ובהם שחקנים, זמרים, בדרנים ורקדנים. כפי שהיא מעידה על עצמה, במאגרי אשכולות רשומים נכון להיום כ-30 אלף אמנים מבצעים אשר קיבלו, מקבלים או יקבלו בעתיד תמלוגים מאשכולות.
11. **עילם** ("עמותת ישראלית לזכויות מוסיקאים מבצעים") מאוגדת כעמותה רשומה ללא מטרות רווח הכפופה למסגרת הנורמטיבית שמתווה חוק העמותות, התש"ס-1980.⁷ עילם מייצגת כ-2,000 נגנים ומנצחים.⁸

⁴ ה"כ (י-ם) 513/04 אקו"ם בע"מ - אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, פס"י 1 (2.6.2011) (להלן: עניין אקו"ם).

⁵ כך לשון החוק:

א3. (א) מבצע זכאי לתמלוג ראוי על השמעה או הצגה של ביצועו;

(ב) תמלוגים לפי סעיף קטן (א) ישולמו לארגון תמלוגים המייצג את המספר הגדול ביותר של מבצעים ובעלי זכויות מבצעים (להלן – ארגון התמלוגים היציג);

(ג) ארגון התמלוגים היציג יעביר את התמלוגים גם למבצעים ובעלי זכויות מבצעים שאינם חברים בו, באופן שיקבע שר המשפטים באישור ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת.

⁶ ראו עוד באתר האינטרנט של חברת אשכולות: <http://www.eshkolot.co.il>.

⁷ ראו עוד באתר האינטרנט של עמותת עילם: <http://eilam.org.il>.

⁸ http://eilam.org.il/?page_id=5

מעמדו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג בראי הרגולטור

12. ביום 19 באוגוסט 2014 נדרש הממונה על הגבלים עסקיים דאז, פרופ' דיויד גילה, לבקשה שהונחה בפניו, שעניינה מתן פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 (להלן: **חוק ההגבלים העסקיים**). שתיים מן המבקשות היו חברת אשכולות ועמותת עילם.

13. בהחלטת הפטור שהוציא, הכיר הממונה על הגבלים עסקיים באשכולות-עילם כארגון היציג של המבצעים בישראל.⁹ לקביעה העובדתית בעניין זה יש חשיבות אמפירית מבחינת חישוב נתח השוק המשותף של אשכולות ועילם. זאת, מטעם שהחלטת הממונה הסתמכה על בדיקה מקיפה שערכה המחלקה הכלכלית ברשות ההגבלים העסקיים ואשר קדמה לקבלת החלטת הפטור. בהנחה ששתייהן יחדיו אכן מהוות ארגון יציג כמשמעו בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, ניתן להסיק כי אשכולות ועילם מהוות מונופול בתחומן. לכך השלכות בהן נדון בהמשך נייר עמדה זה.

מעמדו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג בראי הפסיקה

14. בתביעות שהן מגישות כנגד מפריס לכאורה, אשכולות ועילם טוענות כי הן מהוות יחדיו ארגון תמלוגים יציג כמשמעותו בחוק זכויות מבצעים ומשדרים. טענתן זו נשענת על כמות המבצעים המיוצגים על-ידי כל אחת מהן בנפרד. בנוסף, לטענתן אין כל ארגון מבצעים אחר העוסק בכך וממילא אין גוף המייצג יותר אמנים מבצעים מאשר הן.

15. בעבר, בתי המשפט קיבלו את הטענה בדבר יציגות הארגונים, ללא מחלוקת של ממש.¹⁰ עם זאת, בפסק הדין האחרון שנכנס לעובי הקורה בסוגיה זו, הטענה בדבר יציגות הארגונים נותרה ללא הכרעה.¹¹

ג. החובות החלות על ארגון התמלוגים היציג

16. תזכיר החוק מציע להוסיף על האמור בסעיף 3א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים. היבטי ההסדרה המוצעים בתזכיר החוק נוגעים לאיסור אפליה בין מי שחברה בארגון היציג לבין מי שאינה חברה בארגון (בתמצית, אי התניית קבלת תמלוגים בחברות בארגון והחלת שוויון בין כל הזכאים לתמלוגים); חובות שקיפות כלפי הציבור, ועוד.

17. לפי התזכיר, סמכות הארגון היציג תורחב לאור ההרחבה המוצעת בקשר לאגד הזכויות של המבצעים. בהמשך להרחבת סמכויות זו, התזכיר מציע שינוי ניסוח לעומת החוק הקיים, בנוגע לתשלום תמלוגים לארגון היציג. במקום ניסוח לפיו תמלוגים **ישולמו** לארגון התמלוגים היציג, התזכיר מציע שהארגון היציג **יגבה** תמלוגים באופן אקטיבי, באופן המנוסח כחובה נורמטיבית.

18. באשר למיחות הארגון ותפקודו, התזכיר מציע להוסיף חובות מהותיות והסדרה מסוימת של הארגון, דבר שנעדר מהחוק הקיים. לפי סעיף 5 לתזכיר, מוצע להוסיף חובות שקיפות אשר עולים בקנה אחד

⁹ החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין: התאחדות תחנות הרדיו האזורי החברות בה שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף (19.8.2014) **הגבלים עסקיים** 500741 <http://www.antitrust.gov.il/files/33487/9664.pdf>. ראו גם: החלטה דבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין: שבין חטיבת רשתות הקמעונאיות בלשכת המסחר תל אביב והמרכז לבין חברים בו, שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידים לניהול משותף (9.12.2013) **הגבלים עסקיים** 500520 <http://www.antitrust.gov.il/files/32942/9281.pdf>

¹⁰ השופטת (בדימוס) יהודית שבח קיבלה טענה זו, ראו: ת"א (ת"א) 66737/03 **הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' דן חברה לתחבורה ציבורית בע"מ**, בעמ' 15 (פורסם בנבו, 4.5.2005); ת"א (י-ם) 12224/03 **הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' יורוטקס טקסטיל בע"מ**, פסי' 11 (פורסם בנבו, 9.1.2005).

¹¹ ת"א (י-ם) 10322-07 **הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' אגד אגודה שיתופית לתחבורה בישראל בע"מ**, פסי' 1, 55-52 (פורסם בנבו, 14.3.2010).

עם כללי ארגון הקניין הרוחני העולמי (WIPO);¹² זכות לקבלת תמלוג בגין העמדתם של ביצועים לרשות הציבור; חובת התאגדות כחברה לתועלת הציבור (חל"צ) כתנאי להכרה בו בארגון תמלוגים יציג לעניין חוק זכויות מבצעים ומשדרים; קבלת אישורו של שר המשפטים לצורך פעילות הארגון היציג ככזה; חובות שוויון שיחולו על ארגון התמלוגים היציג בנוגע להצטרפותם של חברים אליו וליחסו של הארגון לחברים; פרסום ברשומות של הודעה על אודות אישור ארגון התמלוגים היציג; ועוד.

ד. ארגוני תמלוגים והסדרים כובלים

19. טרם נפנה לדון בהגדרתו הנורמטיבית של ארגון התמלוגים היציג כהסדר כובל, נעמוד על הקו המרכזי המקובל בפסיקת בית המשפט העליון ביחס לתאגידים לניהול משותף של קניין רוחני. לפי בית המשפט, תאגידים אלה הם מעין "מונופול טבעי", שקיומו הכרחי אך פעילותו מצריכה פיקוח והגבלה, על מנת להגן על הציבור מפני ההשפעות השליליות של צבירת כוח שוק ניכר בידי גוף יחיד.
20. קיומו של ארגון תמלוגים יציג הוא הכרחי בשל טיבה וטבעה של היצירה המוסיקלית המבוצעת. על פי רוב, היצירה המוסיקלית המבוצעת נשענת על כישרונם ועמלם של גורמים רבים שהם בעלי זכויות ביצירה (קריין, זמר, זמרים מלווים, נגנים, תזמורת ומנצח, ועוד). מכיוון שכך, על מי שמעוניין להשתמש ביצירה לאתר את בעלי הזכויות השונות ביצירה ולנהל משא ומתן פרטני עם כל אחד מהם. מצב זה יוצר שתי רעות עיקריות: עלויות עסקה גבוהות וחשש למה שמכונה בשיח הכלכלי "סחטנות", מצד אחד (או יותר) מבעלי הזכויות ביצירה. כלומר, אחד מבעלי הזכויות יעריך שבלעדיו העסקה כולה תקרוס, וידרוש מחיר גבוה יותר. אם כל אחד מהשותפים יפעל כך, עלויות העסקה יאמירו, והיא לא תתממש, להפסדם של כולם.¹³
21. עלויות עסקה אלה עלולות להביא לאחד משני מצבים לא-רצויים מבחינה כלכלית וחברתית: האחד, התעלמות מבעלי הזכויות, ושימוש ביצירות באופן שמפר את זכויותיהם של מי מבעלי הזכויות ביצירה. השני, ביחס למי שמצייתים לחוק ואינם רוצים להפר את הזכויות, עלול להיווצר מצב של תת-שימוש ביצירות באופן שגורע מסך הביטויים האמנותיים הקיימים בחברה. על רקע זה, תאגיד לניהול משותף של קניין רוחני תכליתו לחסוך את עלויות העסקה הגבוהות הכרוכות בהתקשרות פרטנית מהסוג שתואר לעיל.¹⁴
22. כך למשל, אילו כל בעל בית-קפה היה צריך לברר את הזכויות בכל אחת מהיצירות הרבות המושמעות במהלך יום עבודה בבית הקפה, לאתר את המבצעים או את יורשיהם או את מי שהעבירו להם את הזכויות, לנהל איתם משא ומתן, ולשלם לכל אחד בנפרד, מובן שהיו לכך עלויות עצומות. ארגון יציג מאפשר להתגבר על קושי זה, על-ידי איגום משאבים וריכוז הטיפול בשימוש ביצירות: בעל בית הקפה רוכש רישיון גורף ("רישיון שמיכה") אשר מאפשר לו, כבעל הרישיון, לעשות שימוש בכל רפרטואר היצירות המנוהלות על-ידי אקו"ם ולהנגיש אותן לקהל לקוחותיו בבית הקפה.

¹² Robert Hooijer & J. Joel Baloyi, *Collective Management Organizations – Tool Kit Musical Works and Audio-Visual Works* (February 2016) http://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_emat_2016_1.pdf

¹³ אריאל כץ "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי" *דין ודברים* ב' 551, 558 (2006) (להלן: כץ, *מונופולין ותחרות*).

¹⁴ ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נ' EMI Music Publishing Ltd, פס' 14, 47, 61 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 3.9.2013) (להלן: *פרשת EMI*).

23. תנאי הפעילות לתאגידים מסוג זה אמורים לבטא את האיזון בין הזכות הקניינית של בעלי הזכויות, לבין האינטרס הציבורי בשוק חופשי מהשפעות מונופוליסטיות.¹⁵

מקרה אקו"ם כמשל

24. תאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים נודעו ככאלה העולים בגדר "הסדר כובל" כמשמעו בסעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים.¹⁶ כך למשל, ביום 30 באפריל 2004 פרסם הממונה על הגבלים עסקיים דאז, דרור שטרום, קביעה לפי סעיף 34(א)(1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים ולפיהן ההסדרים בדבר הקמתה ופעילותה של אקו"ם הנם הסדרים כובלים, המבססים לה מעמד של בעל מונופולין בשוקים שונים של ניהול זכויות יוצרים ביצירות מוסיקליות, בין היתר במתן רישיונות שימוש בזכויות יוצרים לציבור (השמעה, הקלטה, שידור של יצירות ועוד).¹⁷

25. אקו"ם היא תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים. אקו"ם מנהלת זכויות יוצרים ברשומות קול של יוצרים ישראלים ושל יוצרים החברים באגודות זרות איתן יש לה הסכמי ייצוג הדדי, ומעניקה רישיונות להשמעה פומבית של היצירות המוגנות בזכויות אלו. מאז קביעת הממונה על הגבלים עסקיים כי היא מהווה מונופול בתחומה, פעילותה של אקו"ם כפופה לתנאים שהוטלו על-ידי בית הדין להגבלים עסקיים במסגרת הליכי אישור הסדר כובל.¹⁸

26. קביעה זו באה מכיוון שבעלי זכויות היוצרים ברוב היצירות בישראל הם חברי אקו"ם. חברי אקו"ם מעבירים לאקו"ם את זכויותיהם לביצוע פומבי,¹⁹ וכך צברה אקו"ם כוח שוק משמעותי כלפי משתמשים המבקשים להשתמש ביצירות לצרכים עסקיים ואחרים, כמו בתי-קפה שמשמיעים מוסיקה.²⁰ המדובר במשתמשים שבאמצעותם מונגשות היצירות לקהל הרחב.²¹ בהחלטת הממונה בעניין אקו"ם מיום 30 באפריל 2004, נקבע כי אקו"ם הציבה חזית אחת של רוב הרפרטואר המוסיקלי מול המשתמש, ובכך מנעה קיומה של כל חלופה לרכישת רישיון לשימוש ביצירות מוסיקליות.²²

27. כוחה המונופוליסטי של אקו"ם מאפשר לה לצבור כוח לא רק מול המשתמשים, אלא גם מול היוצרים עצמם שמעבירים לה את זכויותיהם ביצירותיהם. בנסיבות אלה, אקו"ם מקשה על דרכם להקים לה אלטרנטיבה תחרותית. באופן זה, מצטמצם כוח המיקוח של המשתמשים מול התאגיד המשותף

¹⁵ שם, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

¹⁶ "2.(א) הסדר כובל הוא הסדר הנעשה בין בני אדם המנהלים עסקים, לפיו אחד הצדדים לפחות מגביל עצמו באופן העלול למנוע או להפחית את התחרות בעסקים בינו לבין הצדדים האחרים להסדר, או חלק מהם, או בינו לבין אדם שאינו צד להסדר."

¹⁷ הכרזה בדבר הסדר כובל וקיום מונופולין: אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (30.4.2004) **הגבלים עסקיים** 3020033 <http://www.antitrust.gov.il/files/5641/3647.pdf> (להלן: **הכרזת הממונה בעניין אקו"ם**); **עניין אקו"ם**, לעיל ה"ש 4, פס' 1.

¹⁸ החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין: עמותת הכוריאוגרפים לבין חבריה בה, שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם אקו"ם (2.9.2015) **הגבלים עסקיים** 500923 <http://www.antitrust.gov.il/files/33905/10123.pdf>

¹⁹ רע"א 6565/11 **החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ נ' EMI Music Publishing Ltd** (פורסם בנבו, 22.7.2014).

²⁰ **עניין אקו"ם**, לעיל ה"ש 4, פס' 24.

²¹ **פרשת EMI**, לעיל ה"ש 14, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז.

²² **הכרזת הממונה בעניין אקו"ם**, לעיל ה"ש 17. מצב דומה קיים גם בעניינה של הפדרציה הישראלית לתקליטים, ראו: ה"ע (י-ס) 3574/00 **הפדרציה למוזיקה ישראלית ויום תיכונית בע"מ ואח' נ' הממונה על הגבלים העסקיים**, פס' 65 (פורסם בנבו, 29.4.2004) (להלן: **פרשת הפדרציה**).

לניהול קניין רוחני. לבעיה זו נודעו פתרונות בדמות הטלת משטר פיקוח ותנאים מגבילים.²³ הפיקוח נעשה בדרך של עיצוב תנאים התנהגותיים המוטלים על פעילות ההסדר הכובל במסגרת הליך לאישורו בבית הדין להגבלים עסקיים.²⁴

ה. זכויות מבצעים: ארגון התמלוגים היציג מהווה הסדר כובל

28. החלטות הממונה, בית הדין להגבלים עסקיים ובתי המשפט בעניין אקו"ם ובעניין הפדרציה לתקליטים, יפים, בשינויים המתחייבים, גם לעניין ארגון התמלוגים היציג אליו מתייחס תזכיר החוק שבעניינו. ארגון התמלוגים היציג שעוסק בזכויות מבצעים מהווה בהגדרה הסדר כובל לפי דיני ההגבלים העסקיים, באשר הוא משמש כמעין נאמן יחיד מסוגו הפועל לשם גביית תמלוגים מאת משתמשים. כמו לגבי אקו"ם והפדרציה לתקליטים, יש צורך בארגון יציג. משהנחנו כך, נפנה לדרכי הפעולה האפשריות ביחס להסדר כובל זה.

29. הנחת המוצא היא שראוי להתיר ניהול משותף של זכויות יוצרים ומבצעים רק מקום בו קיימות תועלות מוכחות לניהול משותף של זכויות. כך למשל, כאשר העלויות הכרוכות בהתקשרות בין כלל בעלי הזכויות לכלל המשתמשים גבוהות, ניתן להצדיק קיומו של תאגיד לניהול משותף, שתפקידו לקשר בין בעלי הזכויות למשתמשים וכך לצמצם עלויות עסקה, כפי שנדון לעיל.

30. מכיוון שכך, עצם היות ארגון או מהלך עסקי ככזה העולה בגדר הסדר כובל אינו סוף פסוק. חוק ההגבלים העסקיים מסמך את הממונה להעניק פטור מאישור הסדר כובל,²⁵ ומסמך את בית הדין להגבלים עסקיים לאשר הסדר כובל, חרף פגיעתו של ההסדר בתחרות.²⁶

31. סעיף 3 לחוק ההגבלים העסקיים מונה רשימה סגורה של חריגים, הסדרים שאינם הסדרים כובלים גם אם הם נכללים בהגדרת הסדר כובל על פי ההגדרות שבסעיפים 2(א) ו-2(ב) לחוק ההגבלים העסקיים.²⁷ סעיף 3(1) לחוק קובע כי "הסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין" אינו הסדר כובל כמשמעו בחוק ההגבלים העסקיים.

32. אם כך, מן הראוי שהחקיקה המתגבשת תנקוט עמדה ברורה באשר למעמדו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג בהקשר של דיני ההגבלים העסקיים. שתי האפשרויות ההגיוניות המונחות לפתחו של המחוקק ברורות.

33. האחת, נקיטת עמדה לפיה ארגון התמלוגים היציג הוא הסדר כובל שפעילותו מותנית בקבלת אישור הסדר כובל מאת בית הדין להגבלים עסקיים. על פניו, שתיקת החוק בנושא מותירה את הסוגיה בדבר מעמדו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג לפתחו של הממונה על הגבלים עסקיים ובית הדין להגבלים עסקיים. אם אכן זו כוונת המחוקק, אל יחסוך מילותיו. יתכבד המחוקק ויציין מפורשות כי על-מנת לפעול, יהיה על הארגון היציג לקבל את אישור הממונה הגבלים עסקיים. באופן זה, הפיקוח על מעמדו של הארגון יעוגן בחוק באופן מפורש וברור.

²³ גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות" **דין וחברים** ב' 621, 667 (2006).

²⁴ ראו מנגנונים שנועדו לרסן את כוח השוק של הפדרציה לתקליטים ולהגביר את כוח המיקוח של המשתמשים מול הפדרציה, ראו: **פרשת הפדרציה**, לעיל ה"ש 22, פס' 114-118; כץ, **מונופולין ותחרות**, לעיל ה"ש 13, בעמ' 609.

²⁵ סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁶ סעיפים 9-10 לחוק ההגבלים העסקיים.

²⁷ ביחס לסעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים, ראו בהרחבה: ע"פ 4855/02 **מדינת ישראל נ' בורוביץ**, פס' 83 (פורסם בנבו, 31.3.2005); ערר 7/95 "**בזק" החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**", פס' 17 (פורסם בנבו, 8.5.1997); דיויד גילה "חוזים המגבילים תחרות, הגבלים עסקיים ומונופולין" **חוזים** כרך ג' 673-675 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, התשס"ד).

34. השנייה, קביעה בהתאם לסעיף 13(1) לחוק ההגבלים העסקיים, לפיה ארגון התמלוגים היציג הוא הסדר **שכל** כבילותיו נקבעו בחוק. שימוש בסעיף 13(1) בעניינו, עשוי לשקף העדפה של המדינה לערכים מסוימים (תגמול יוצרים ויצירת תמריץ חיובי לעידוד היצירה ולקידום התרבות) על פני הערכים עליהם מגנים דיני ההגבלים העסקיים (הבטחת תחרות חופשית ומניעת יצירת כוח שוק). כל זאת מתוך הנחה כי שיקולי הפגיעה בתחרות נלקחו בחשבון לצורך זה.

מקרה תל"י: החרגת תחולת חוק ההגבלים העסקיים מהזכות לניהול משותף של זכויות באמצעות תאגיד

35. לאחרונה, בית הדין להגבלים עסקיים נדרש לסוגיה דומה בעניין תל"י (חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל).²⁸ בפרשה זו, הממונה על הגבלים עסקיים דאז סבר כי אין הצדקה מספקת למתן פטור מאישור הסדר כובל לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים. קביעה זו התייחסה לחלק מרכזי בפעילותה של תל"י: התקשרות עם גופי השידור בדבר זכויות היוצרים שהועברו לניהולה.

36. בהמשך לכך, הסוגיה הונחה לפתחו של בית הדין להגבלים עסקיים. בית הדין אישר את פעילות ההסדר הכובל על רקע תיקון חקיקה שכמו "נתפר" למידותיה של תל"י.²⁹ כפי שפורט בדברי ההסבר לתיקון זה, בשל "הרצון לעודד יצירה קולנועית ישראלית", עוגנה בדין זכותו של יחיד שהוא יוצר יצירה קולנועית ישראלית או בעל זכות יוצרים ביצירה כזו, לנהל את זכויותיו הקיימות או העתידיות בה באמצעות תאגיד לניהול משותף של זכויות,³⁰ דוגמת תל"י.

37. תיקון החקיקה מורה כי בגדר "ניהול" באות הפעולות הבאות: מתן "רישיון שמיכה"; ניהול משא ומתן עם משתמשים; קביעת תנאי שימוש; קביעת דמי שימוש; מעקב אחר השימוש וגביית דמי שימוש.³¹ בגדר "שימוש" נכללת הזכות להעתיקה; ביצוע פומבי; וכן שידור והעמדת היצירה לרשות הציבור.³²

38. בשל המתח הקיים בין תיקון מס' 4 לחוק הקולנוע לבין חוק ההגבלים העסקיים, מצא המחוקק לנכון לקבע במפורש בחוק את סעיף 12א(ג) המורה כי חוק ההגבלים העסקיים לא ימנע את הזכות לניהול משותף של זכויות באמצעות תאגיד.³³

²⁸ ה"ע 13-08-43907-תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם באתר רשות ההגבלים העסקיים, 29.5.2016) (להלן: עניין תל"י) http://www.antitrust.gov.il/files/34121/%D7%94%D7%A2%2043907_08_13%20%D7%AA%D7%9C%D7%99_05_16.pdf

²⁹ תיקון מס' 4 לחוק הקולנוע, התשנ"ט-1999, ראו: דברי הסבר להצעת חוק הקולנוע (תיקון מס' 3) (תאגידים וניהול משותף של זכויות יוצרים), התשע"ד-2014, ה"ח 569 https://www.nevo.co.il/Law_word/law16/knesset-569.pdf

³⁰ סעיף 12א(ב) לחוק הקולנוע, התשנ"ט-1999.

³¹ סעיף 12א לחוק הקולנוע, התשנ"ט-1999.

³² עניין תל"י, לעיל ה"ש 28, פס" 12-13.

³³ כך לשון החוק:

12א(ג). אין בהוראות סעיף קטן (ב) כדי לגרוע מתחולת הוראות חוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, על ניהול משותף של זכויות יוצרים ביצירות קולנועיות ישראליות, ובלבד שמכוח ההוראות והתנאים לפי חוק ההגבלים העסקיים לא תימנע הזכות לפעול כאמור בסעיף קטן (ב).

ד. המלצות

39. לדעתנו, אופי והיקף ההוראות המוטלות על ארגון התמלוגים היציג משקף את חששות הטמונים בפעילותו. חששות אלה, כמו גם ההוראות שתזכיר החוק מציע על-מנת להפיג חששות אלה, דומים לחששות העולים נוכח פעילותם של הסדרים כובלים אחרים בתחום הקניין הרוחני, המפוקחים זה מכבר על-ידי הממונה על הגבלים עסקיים. בהינתן דמיון זה, הדעת נותנת כי ראוי לחדד את מעמדו הנורמטיבי של ארגון התמלוגים היציג במובן הסטטוס המשפטי הראוי לו.

40. תזכיר החוק מבקש לתמרץ יצירה ישראלית, מטרה אזרחית ראויה לשמה בכל חברה דמוקרטית. בצד זאת, ראוי להבטיח את אינטרס הציבור גם במובן של הימנעות מהשתת עלויות עודפות שלא לצורך. הדבר נעשה בצורה ראויה, לנוכח ההוראות לארגון התמלוגים היציג שתזכיר החוק מבקש להחיל על ארגון זה.

41. עם זאת, יש להסדיר את הסוגיה במובנה הנורמטיבי, להתייחס גם אליה בתזכיר החוק ולקרוא לילד בשמו – הגדרת ארגון התמלוגים היציג כהסדר כובל הטעון אישור או כהסדר פטור מאישור כיוון שכל כבילותיו על פי חוק.

נייר עמדה זה נכתב על-ידי חברי צוות מעקב חקיקה במכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל – חיים-צבי יגר, זוהר קורץ וחן אסלן. המכון פועל במסגרת הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. כל האמור לעיל משקף ומבטא את עמדתם האישית של הכותבים בלבד.