

# חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם

מאת

אביחי אליהו ואורי גורלי\*

מבוא. א. הרקע לחקיקת החוק ומשפט משווה; 1. הרקע לחקיקת החוק; 2. משפט משווה. ב. המציאות העכשווית ונחיצותו של החוק. פרק ג. ניתוח החוק; 1. תחולתו הכללית של החוק; 2. סיווג ההתקשרויות; 3. העדר התייחסות לתרופות; 4. בחינת סבירות התקופה; 5. חובת האמון. סיכום.

## מבוא

חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה (להלן גם: החוק),<sup>1</sup> שזכה לכינוי "חוק איה כורם", נחקק במטרה מוצהרת למנוע חוזים משעבדים שמוזיקאים ומוזיקאיות מתקשרים בהם בראשית דרכם.<sup>2</sup> מטרתה המרכזית של הארה זו היא לזהות את נקודות התורפה האפשריות של חוק זה, ולהציע להן פתרונות. בפרק א' נציג את הסדרי החוק תוך השוואתם להסדרים הקיימים במדינות אחרות וכן את הרקע המיוחד לחקיקת חוק זה. בפרק ב' נציג את השינויים שחלו בתעשיית המוזיקה ובאמצעותם נבקש לפקפק בנחיצותו של החוק במציאות העכשווית. בפרק ג', שהוא לבו של המאמר, נציג ניתוח של ההסדרים, תוך עמידה על הקשיים שיצרו והצעות לפתרונם.

## א. הרקע לחקיקת החוק ומשפט משווה

### 1. הרקע לחקיקת החוק

בשנת 2005 חתמה המוזיקאית איה כורם על שרשרת הסכמים בלעדית עם חברת "עננה". עיקרי החוזה כללו את התחייבויותיה של חברת עננה לקדם את דרכה המוזיקלית של כורם בתמורה להעברת זכויות היוצרים ביצירותיה לחברת עננה למשך תקופה של שמונה עשרה שנה וכן הסכמה להעברת 50% מהכנסותיה ממוזיקה לחברת עננה.<sup>3</sup> בשנת 2009, בעקבות סכסוך שהתגלע בין הצדדים, עתרה כורם לבית המשפט המחוזי להורות על בטלותו של החוזה כשהטענות המרכזיות היו שנפלו פגמים בכריתת החוזה (מחמת טעות, הטעיה) ושהחוזה נוגד את תקנת הציבור.<sup>4</sup>

\* בוגר תואר שני במשפטים, אוניברסיטת חיפה.

סטודנט לתואר ראשון במשפטים, אוניברסיטת חיפה. המחברים מבקשים להודות לקארין כרמית יפת, גל אמיר ושי אוצרי על הליווי המסור במהלך כתיבת מאמר זה.

1 חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, התשע"ז–2017, ס"ח 422 (להלן: החוק).

2 הודעת הכנסת בדבר אישור חוק איה כורם בוועדת החינוך לקריאה שנייה ושלישית (6 פברואר 2017) <http://main.knesset.gov.il/News/PressReleases/Pages/press060217t.aspx>

3 ת"א (מחוזי חי') 11-03-56169 כורם נ' עננה בע"מ, 3 (פורסם בנבו, 15.10.2013) (להלן: עניין כורם).

4 שם, עמ' 2.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** (1) 71 (תשע"ח)

בית המשפט המחוזי דחה את טענותיה של כורם וקבע כי ההסכמים בינה ובין "עננה" נכרתו כדין. כורם ערערה לבית המשפט העליון על החלטת בית המשפט המחוזי ובמקביל יזמה עם ארגון "קונטרה" הצעת חוק שהבשילה לחוק הנדון בהארה זו. עניין **כורם** זכה לסיקור תקשורתי נרחב והציף בתודעה הציבורית את סוגיית פערי הכוחות בין חברות התקליטים בתעשיית המוזיקה ובין אמנים בתחילת דרכם שמתקשרים בחוזים ארוכי טווח עם חברות התקליטים, לעתים תוך ויתור מהותי על זכויותיהם ביצירותיהם.

הצעת החוק הראשונית כללה שלושה הסדרים:

1. **חווה לשירות אישי** – קביעת חזקה הניתנת לסתירה כי חווה התקשרות עם אמן הוא חווה למתן שירות אישי ולכן אי-אפשר לדרוש בגינו סעד של אכיפה אלא ביטול ופיצויים בלבד.<sup>5</sup> בחווה התקשרות בלעדי יראו בחזקה זו חזקה שאינה ניתנת לסתירה.<sup>6</sup>

2. **הגבלת משך ההתקשרות** – הסדר קוגנטי שלפיו אין להתקשר עם אמן לתקופה שעולה על שבע שנים בחווה רגיל<sup>7</sup> ולתקופה שעולה על חמש שנים בחווה היקף.<sup>8</sup>

3. **חווה הנוגד את תקנת הציבור** – במקרה שבו רוב ההתחייבויות בחווה מוטלות על כתפי האמן, וחלוקת הרווחים בין הצדדים איננה שוויונית באופן שאינו סביר ואינו מידתי, ישנה חזקה הניתנת לסתירה כי מדובר בחווה הנוגד את תקנת הציבור כמשמעו בחוק החוזים ולפיכך הוא בטל מעיקרו.<sup>9</sup>

עם זאת, נוסחו הסופי של החוק כלל שינויים ניכרים, וניתן להיווכח כי הוא מצומצם ורך יותר מהצעת החוק המקורית. ראשית, קביעת החזקה כי חווה עם אמן הוא חווה לשירות אישי לא נכללה בסופו של דבר בנוסח החוק הסופי. שנית, במקום הגבלות ההתקשרות הקוגנטיות לפרקי הזמן שנקבעו בהצעה המקורית, נקבע כי אסורה התקשרות לזמן בלתי סביר עם אמן, וכי התקשרות לשבע שנים בחווה רגיל ולחמש שנים בחווה היקף, חזקה (הניתנת לסתירה) שהן כאלה. נוסף על כך לא נכללה בנוסח הסופי החזקה של חווה הנוגד את תקנת הציבור. במקומה נקבעה חובת אמן של המתקשר כלפי האמן.

## 2. משפט משווה

בטרם ננתח את ההסדרים שבחוק, נציג את הדין המשווה בסוגיית החווה האישי בתעשיית המוזיקה. סקירת הדין המשווה תתמקד במצב בקליפורניה ובגרמניה. כפי שנראה, כל אחת ממדינות אלו מתמודדת בצורה אחרת עם הסוגיה של פערי הכוחות בין האמנים לחברות התקליטים. עם זאת, יש לזכור שכיוון שתעשיית המוזיקה מכוונת לשווקים בין-לאומיים ולא רק לשווקים מקומיים, ישנם מקרים שבהם החלטה במדינה אחת עלולה להשפיע על יחסי הכוחות בין חברות התקליטים לאמנים במדינה אחרת.<sup>10</sup> ניתוח המשפט המשווה מציג דרכים אחדות שבהן ביקש המחוקק הזר לפתור סכסוכים בין אמנים לגורמים בתעשיית המוזיקה. הדין בקליפורניה ביקש לפתור קשיים אלו באמצעות חקיקת העבודה

5 ס' 2(3) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק התרופות).

6 ס' 3 להצעת חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, התשע"ד-2014 2391/19/פ (להלן: הצעת החוק לדיון מוקדם), זמין ב: [fs.knesset.gov.il/19/law/19\\_lst\\_276868.docx](http://fs.knesset.gov.il/19/law/19_lst_276868.docx).

7 שם, ס' 4.

8 **חווה היקף** הוא חווה שהפך מקובל בעשורים האחרונים בתעשיית המוזיקה. התקשרות בחווה היקף מביאה לידי כך שכלל פעילותו האמנותית של אמן, לרבות הפקת אלבומים ומכירתם, ארגון הופעות וניהול שוטף, מרוכזים בידי גורם אחד. להעמקה בנוגע למונח זה ולהתפתחותם של חוזי היקף, ראו: Sara Karubian, *360 Deals: An Industry Reaction to the Devaluation of Recorded Music*, 18 S. CAL. INTERDISC. L.J. 395 (2008).

9 ס' 5 להצעת החוק לדיון מוקדם, לעיל הי"ש 6.

10 Theresa E. Van Beveren, *The Demise of the Long-Term Personal Services Contract in the Music Industry: Artistic Freedom against Company Profit*, 3 UCLA ENT. L. REV. 377, 406 (1996).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב 71 (תשע"ח)

בלוויית חריגים ספציפיים המסדירים את תעשיית המוזיקה. הדין בגרמניה ביקש לפתור קשיים אלו באמצעות דיני החוזים הכלליים ותקנת הציבור. הצגת המשפט המשווה בשלב זה חשובה להבנת ייחודו, חשיבותו ואופן פעולתו של חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה. ראשית, המשפט המשווה מציג מודלים חלופיים של הסדרת תעשיית המוזיקה. שנית, כפי שנציג בפרקים הבאים, נראה כי החוק הישראלי שואב השראה ומחיל הסדרים דומים לאלו שנקבעו בדין של קליפורניה וגרמניה.

#### **(א) הדין בקליפורניה**

כבר בשנת 1872 נחקק בקליפורניה סעיף 1980 לקודקס האזרחי שקבע כי חוזה לשירות אישי יוגבל לפרק זמן שלא יעלה על שנתיים.<sup>11</sup> במרוצת השנים תוקן החוק כמה פעמים לצורך התאמתו לתעשיית הבידור. בשנת 1937 החליף סעיף 2855 לקודקס דיני העבודה של קליפורניה את סעיף 1980 לקודקס האזרחי במסגרת רה־קודיפיקציה של החקיקה.<sup>12</sup> החוק החדש הגביל את משך ההתקשרות עם נותני שירות אישי לשבע שנים. בשנת 1944 תבעה השחקנית אוליביה דה הילנד את אולפני האחים ורנר. התביעה נסבה על פרקטיקה שהתפתחה בתעשיית הסרטים האמריקנית ולפיה כששחקן מושעה על ידי אולפן הסרטים, תקופת ההשעיה מתווספת לתקופת החוזה. טענת התובעת הייתה שכוונת המחוקק היא להגבלה לשבע שנים קלנדריות ולא לשבע שנות עבודה בפועל. בית המשפט לערעורים של קליפורניה קיבל את טענתה.<sup>13</sup>

פסיקה זו הביאה להחלת סעיף 2855 על כלל תעשיית הבידור האמריקנית ובפרט על תעשיית המוזיקה.<sup>14</sup> עם זאת, בעקבות לובי של התאגדות חברות התקליטים, בשנת 1973 הוכנסו חריגים לחוק.<sup>15</sup> החריגים כוונו לתעשיית המוזיקה וקבעו כי צד שלא הצליח לקיים את התחייבויותיו במשך תקופת החוזה, יהא חייב פיצוי לצד השני.<sup>16</sup> נוסף על כך נקבע שאמן שאינו מעוניין לחדש את החוזה לאחר שבע שנים, יצטרך להודיע בכתב לחברת התקליטים על אודות כוונותיו.<sup>17</sup> חוץ מאלה, לא זכה הסעיף לפיתוחים רבים בפסיקה האמריקנית, כיוון שחברות התקליטים מעדיפות ליישב סכסוכים בינן ובין האמנים מחוץ לכותלי בית המשפט כדי להימנע מתקדימים.<sup>18</sup> מכל מקום, קיומו של הסעיף מעניק לאמנים עמדת יתרון במשא ומתן לקראת הסכמי פשרה עם חברות התקליטים. הסעיף מסייע להם בעקיפין להשיג הסכמי פשרה טובים יותר ומצמצם את פערי הכוחות בינם ובין חברות התקליטים.<sup>19</sup>

#### **(ב) הדין בגרמניה**

לגרמניה אין חקיקה ספציפית של הסדרת היחסים בין אמנים ובין חברות הקלטות ואמרגנות. עניין שדרש התייחסות של בית המשפט הגרמני לסוגיית פערי הכוחות בין אמן למנהלו האישי היה המקרה של חוויאר נאידו וחברת "פלהאם". לפי החוזה, התחייב חוויאר לתקופת עבודה ראשונית עם "פלהאם" ולעוד ארבע תקופות הארכה אופציונליות. פרק הזמן של כל תקופה הוגדר כזמן ההפקה של אלבום ובו עשרה שירים ועוד חצי שנה לאחר מכן. האופציה להארכת תקופת ההתקשרות,

11 Kathryn Rosenberg, *Restoring The Seven Year Rule In The Music Industry*, 26 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 275 (2015)

12 Gregg B. Ramer, *Personal Service With A Smile: A History Of California's "Seven-Year" Rule*, MONDAQ (Dec. 6, 2013) [www.mondaq.com/unitedstates/x/279512/employee+rights+labour+relations/Personal+Service+With+a+Smile+A+History+of+Californias+SevenYear+Rule](http://www.mondaq.com/unitedstates/x/279512/employee+rights+labour+relations/Personal+Service+With+a+Smile+A+History+of+Californias+SevenYear+Rule)

13 *De Haviland v. Warner Bros. Pictures*, 67 Cal. App. 2d 225, 153 P.2d 983 (1944)

14 CA Labor Code § 2855

15 שירה שחם "הסכמים חוזיים בשוק המוזיקה – הכרח המציאות או קיפוח היוצרים?" פרס ריינהולד כהן לעבודות מצטיינות בקניין רוחני-

תשס"ח 51, 64 (תשס"ח-2008). <http://weblaw.haifa.ac.il/he/Research/ResearchCenters/techlaw/Scholarships/Pages/RCIP.aspx>

16 CA Labor Code § 2855(B)(2)

17 CA Labor Code § 2855(B)(3)

18 שחם, לעיל הי"ש 15.

19 ראו למשל WENN, *Leto Reached Out To De Havilland Over Emi Lawsuit*, CONTACTMUSIC.COM (Nov. 30, 2009)

[www.contactmusic.com/jared leto/news/leto-reached-out-to-de-havilland-over-emi-lawsuit\\_1124108](http://www.contactmusic.com/jared leto/news/leto-reached-out-to-de-havilland-over-emi-lawsuit_1124108)

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב(1) 71 (תשע"ח)

כמו כלל ההחלטות הקשורות בהפקת האלבום, הייתה נתונה באופן חד-צדדי בידי פלהאם.<sup>20</sup> במהלך תקופת ההארכה השנייה החליט חוויאר להוציא שיר עם להקה אחרת במנותק מפלהאם, דבר שגרם לסכסוך בין הצדדים, ובסופה של התקופה הודיע חוויאר כי החוזה בין הצדדים בטל. חברת פלהאם ביקשה לנצל את האופציה החוזית להארכת החוזה לתקופה נוספת וביקשה מבית המשפט לאכוף תניה זו ולהאריך את החוזה.<sup>21</sup>

בית המשפט האזורי של מנהיים קבע כי החוזה הוא נוגד את תקנת הציבור כמשמעה בסעיף 138 לקודקס האזרחי הגרמני,<sup>22</sup> שכן הוא פוגע בחופש האמנותי של חוויאר ומגביל אותו כשהוא מכפיף אותו לפלהאם כמעט בכל אחד מההיבטים של עבודתו האמנותית וכן כיוון שחלוקת הרווחים והסיכונים בין הצדדים אינה פרופורציונלית. כשניסתה פלהאם להעלות את הטענה שהחוזה בינה ובין חוויאר הוא חוזה מקובל בתעשיית המוזיקה, דחה בית המשפט טיעון זה וקבע כי נחוצה חקיקה מפורשת שתאפשר חוזים פוגעניים בתעשיית המוזיקה. ערעורה של פלהאם נדחה גם הוא, ובית המשפט הגרמני הפדרלי לצדק לא אישר הגשת ערעור נוסף בעניין.

לסיכום, נראה כי חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה כולל הסדרים הדומים הן לדין בקליפורניה (לעניין הגבלת משך ההתקשרות) הן לדין הגרמני (לעניין אימוץ החזקה של חוזה הנוגד את תקנת הציבור) בנוסחה הראשוני של הצעת החוק.

## ב. המציאות העכשווית ונחיצותו של החוק

בחלק זה נבקש לתאר את רקע הדברים בעת חקיקת החוק וכן לבחון את התאמת החוק למציאות העכשווית. השאלה שבה נתמקד היא אם ישנם פערי כוחות בין האמן לגורמי התעשייה שעמם נעשית ההתקשרות. איה כורם חתמה על שלושת ההסכמים שנדונו בעניינה בשנת 2005. בשנים שחלפו מאז חלו שינויים רבים בתחומי ההפקה המוזיקלית. כבר כשני עשורים עומדות לרשות הקהל הרחב פלטפורמות לשיתוף קבצים. בעת שהפכה תופעת שיתוף הקבצים לנפוצה, נוצרה בעיה קשה לחברות התקליטים והאמנים, שכן נפגעה הכנסתם ממכירת תקליטים.

מנגד, בחלוף השנים הסתגל שוק המוזיקה לשינויים הטכנולוגיים, וכלפי חוץ נראה כי לא יצא נפסד.<sup>23</sup> כיום יש לאמן ולמפיקו **מקורות הכנסה נוספים** שלא היו לו בעבר. ניתן כיום לייצר הכנסות מקנייה וולונטרית של מדיה דיגיטלית, לדוגמה קניית שיר באמצעות iTunes או באמצעות מימון המונים (crowdfunding).<sup>24</sup> נוסף על כך, הפצה מקוונת חוסכת את עלויות ייצור החומרה והפצתה.

20 למשל, ההחלטות על מקום הפקת האלבום, התאריך והאורך של ההפקה, התוכן והסדר של השירים, עיצוב עטיפת האלבום ועוד.  
21 CARL PHILIPP SCHÖPE, LEGAL PROTECTION OF RECORDING ב־ שמתואר כפי BVerfG, July 25, 2005, docket number 1 BvR 2501/04  
ARTISTS AGAINST UNFAIR CONTRACTING 37 (Seminar Paper, Chicago-Kent College of Law, Exchange Student Fall, 2009)  
www.kentlaw.edu/perritt/courses/seminar/papers%202009%20fall/carl%20schope%20final%20Semiar%20Paper%20Schoepe.pdf  
22 "In particular, a legal transaction is void by which a person, by exploiting the כפי: The German Civil Code § 138(2) predicament, inexperience, lack of sound judgement or considerable weakness of will of another, causes himself or a third party, in exchange for an act of performance, to be promised or granted pecuniary advantages which are clearly disproportionate to the performance" (https://www.gesetze-im-internet.de/englisch\_bgb/)  
23 JOSHUA P. FRIEDLANDER, NEWS AND NOTES ON 2016 RIAA SHIPMENT AND REVENUE STATISTICS (2016)  
www.riaa.com/wp-content/uploads/2017/03/RIAA-2016-Year-End-News-Notes.pdf  
24 ישנן כמה חברות המתמחות במימון המונים ליצירה, ובהן: Patreon (www.patreon.com) ו־Kickstarter (www.kickstarter.com).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב 71 (תשע"ח)

זאת עוד, הטכנולוגיה מספקת מקורות חדשים לגמרי להכנסה. כיום מבצע או יוצר מקבל תשלום בעד "Traffic" שיצר באתר מסוים. לדוגמה, ניתן להיווכח כי אמנים זכאים לתשלום בעד מספר הצפיות בתוכן שיצרו באתר YouTube, והפלטפורמה משדרת פרסומות לצד התוכן שיצר האמן ולאחר מכן חולקת עמו את רווחיה.<sup>25</sup>

הטכנולוגיה כיום מאפשרת **חיסכון של ממש** בעלויות ההפקה וההפצה. בעוד הפקת אלבום בעבר דרשה שימוש במספר רב של פלטפורמות הפקה יקרות, כיום ניתן לבצע הקלטה ועריכה באמצעים דיגיטליים אשר עלותם הולכת ופוחתת. כך הופכות עלויות הפקת אלבום מגבוהות לסבירות ובכך מתאפשר לאמן להציג תוצר מתקדם יותר לגורמי התעשייה טרם חתימה על חוזה. יכולתו של האמן לפנות לתעשייה בשלב מתקדם יותר מצמצמת את הסיכון לגורמי התעשייה המשקיעים ביצירה. כיום ניתן ליוצר לצבור עדת מעריצים או "עוקבים" בשלב מוקדם ביותר בעשייתו המוזיקלית, אפילו טרם ביצוע הקלטה מקצועית, באמצעות הרשתות החברתיות. השיפה זו מאפשרת לאמן ולגורמי התעשייה לאמוד, במידת מה, את טיב היצירה ובכך לצמצם את הסיכון הכרוך בהשקעה. ראוי לציין כי הטכנולוגיה איננה מבטלת את עלות שכר המחברים והנגנים, אלא עשויה לצמצם את עלות שכירת המתקנים, ההקלטה ועיבוד ההקלטה.

אופי ההפצה השתנה גם הוא. כיום ניתן להפיץ תוכן בקלות ובעלויות זניחות, באמצעות האינטרנט והרשתות החברתיות. יש בכך חיסכון ניכר לעומת מודל קודם שבו צריך לרכוש זמן פרסום יקר באמצעי תקשורת, כדי לפרסם באופן לא בהכרח ממוקד, או לחלופין להדפיס מודעות ולהשקיע זמן וכסף בתלייתן.

כל האמור משפיע על **יחסי הכוחות** בין המפיק לאמן בשנת 2017. כיום נתונה לאמן האפשרות לגייס סכום כסף מספיק להפקת אלבום, ולהפיצו ללא השקעת כספים ניכרת. נוסף על כך, עומדת לרשותו האפשרות לייצר הכנסה ללא תלות במפיק. זאת ועוד, כיום ישנה גישה טובה יותר למידע, ובתוך כך מידע משפטי, המאפשר לעמוד על משמעותו של חוזה ועל הצורך בייצוג משפטי. בצורה זו הטכנולוגיה מצמצמת את חוסר הניסיון של האמן. נראה כי הטענה לפערי כוחות חמורים בין האמן למפיק איננה עומדת במבחן המציאות העכשווית או למצער מצטמצמת במידה ניכרת. בהקשר זה יש לזכור שהחוק הקליפורני ששימש השראה למחוקק הישראלי בחקיקת החוק דנן, נחקק לפני 80 שנה.<sup>26</sup>

אין בכוונתנו לטעון כי אין פערי כוחות כלל בין אמן למפיק; לחברת ההפקה יתרונות של ניסיון, היכרות פנימית עם תעשיית המוזיקה וכן יכולת כלכלית להשקיע את ההשקעה הנדרשת, ומסיבות אלו מתקשר עמה האמן. מנגד, נקודת הפתיחה למשא ומתן בין הצדדים השתנתה במידה רבה, והיא לא בהכרח זו של אמן אנונימי שכל תקוותו להצלחה תלויה בחברת ההפקה. בעבר נקודת הפתיחה הייתה אחרת: האמן לא היה יכול לעשות דבר בעצמו, ולכן ההתקשרות הראשונית עמו נעשתה כאשר היה חסר כוח. כיום סביר יותר כי התקשרות עם אמן תיעשה לאחר תקופת פעולתו הראשונית שבה יצר, הקליט ופרסם מיצירתו.

יתרה מזו, להסדרים בתחום המוזיקה ישנן גם השפעות בין-לאומיות, ובייחוד בעידן הטכנולוגי הגלובלי. לא מן הנמנע כי חברת הפקה שמושבה בחו"ל תבקש לכלול בהתקשרותה עם אמן ישראלי תניות בדבר סמכות שיפוט לבית משפט זר וברירת דין המפנה לדין זר. הליך ברירת הדין עשוי להיות מושפע מחקיקתו של החוק בישראל, שכן תניית ברירת הדין עשויה להיות בטלה אם עולה חשש להתחמקות מכללים קוגנטיים של מדינת ישראל באמצעותה. חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה נועד להסדיר את אופן התקשרותם של צדדים מסויימים בחוזה, ולפיכך מתבקשת המסקנה כי מדובר בחקיקה קוגנטית. בדומה לעניין **קו לעובד**, במצב שבו מתקיימים פערי כוחות, בית המשפט עשוי לתת משקל פחות לזיקות המתבססות על הסכמת הצדדים.<sup>27</sup> יש אפוא חשש כי החברה הזרה תשקלל את הסיכון שתאלץ להתדיין על פי הדין

25 Google Inc, YouTube partner earnings overview (2017) [support.google.com/youtube/answer/72902?hl=en](https://support.google.com/youtube/answer/72902?hl=en)

26 ראו פרוטוקול ישיבה מס' 354 של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-20, בעמ' 39 בדבריו של עו"ד מוטי קהירי, ממנסחי הצעת החוק (6.2.2017) (להלן: ישיבה 354). זמין ב: fs.knesset.gov.il/20/Committees/20\_ptv\_382285.doc

27 בג"ץ 5666/03 עמותת קו לעובד נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד סב(3) 264, פס" 21 לדבריו של המשנה לנשיאה ריבלין (2007).

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב(1) 71 (תשע"ח)

הישראלי או דין אחר שאינו המועדף עליה, לפי כללי ברירת הדין, ותכלול סוגיה זו בשיקוליה להתקשר עם האמן. נוסף על כך לחברה הזרה צפוי קושי לדרוש את אכיפת החוזה בישראל מאחר שאי־אפשר לאכוף חוזה שאינו חוקי במקום ביצועו.<sup>28</sup>

לסיכום פרק זה, מניחים אנו כי חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה הוא עובדה מוגמרת. עם זאת, בבואנו להציע פירוש לחוק הנוגע לחוזים בין פרטים, עלינו לשקול את התמורות שחלו בתנאי השוק שאותו החוק מבקש להסדיר. כפי שהצגנו, ונציג עוד בהמשך, החוק מבקש לפתור בעיות מסוימות, ולכן על פרשנות החוק להביא בחשבון את השינויים אשר עשויים לחול באופי ובחומרה של אותן בעיות.

## ג. ניתוח החוק

פרק זה יסקור וינתח באופן ביקורתי את ההסדרים שבחוק. ראשית, ננתח אילו התקשרויות תוסדרנה על ידי חוק זה. לאחר מכן ננתח את ההגבלות החלות על אורך תקופת ההתקשרות עם אמן ובאילו מצבים ראוי לראות בתקופת ההתקשרות תקופה סבירה. לבסוף ננתח את מהותה של חובת האמן לפי חוק זה.

### 1. תחולתו הכללית של החוק

החוק חל על התקשרויות בין שני שחקנים ספציפיים: צד אחד יכונה "אמן" והצד השני יכונה "המתקשר". הגדרת הצדדים תסייע להבין על מי ומתי יחולו ההסדרים המנויים בחוק.

### אמן

לפי החוק דן אמן יכול שיהא "יוצר כמשמעותו בחוק זכויות יוצרים או מבצע כהגדרתו בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, בתחום המוסיקה".<sup>29</sup> חוק זכות יוצרים אינו מגדיר במפורש מיהו יוצר.<sup>30</sup> את משמעותו של הביטוי "יוצר" ניתן להסיק מההגדרות הקבועות בסעיף 1 לחוק זכות יוצרים. ההגדרות מפרטות סוגים שונים של יצירות, כשאדם הפועל באחת הדרכים המנויות בהגדרות אלו, ייחשב ל"יוצר". המלומד גרינמן מתייחס להגדרה כך: "יוצרה של יצירה הוא האדם שיצר את הביטוי: הסופר שכתב את הספר, המלחין שהלחין את הלחן [...]".<sup>31</sup> במילים אחרות, יוצר הוא מקור היצירה.<sup>32</sup>

ההגדרה הנוספת לאמן לפי החוק נושא ההארה מתייחסת למבצע כהגדרתו בחוק זכויות מבצעים ומשדרים: "אדם המבצע במשחק, בשירה, בנגינה, במחול או בדרך אחרת, יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקלית".<sup>33</sup> אלא שגם הגדרה זו איננה מסייעת דיה להבין מי הוא אמן לצורך תחולת החוק. המונח "מבצע" נותר סתום מאחר שהוא מוגדר באמצעות עצמו. עם זאת, ההגדרה מספקת דוגמאות לביצוע מוזיקלי אפשרי (שירה ונגינה) תוך השארת הרשימה פתוחה לפרשנות.

28 ע"א 57/71 בן שטרית נ' בן שטרית, פ"ד כו(1) 638 (1972).

29 ס' 1 לחוק, לעיל ה"ש 1.

30 חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007.

31 טוני גרינמן זכויות יוצרים 471 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: גרינמן).

32 הגדרת המונח "יצירה" איננה מופיעה בחוק זכות יוצרים, אך התפרשה בפסיקה כתוצר הבלתי מוחשי שיצר היוצר – ת"א (מחוזי ת"א) 48664-11-12 זרמון DDB בע"מ נ' חומסקי, פס' 26 (פורסם בנבו, 15.11.2016). על יצירה כמשמעותה בחוק זכות יוצרים לעמוד במבחני המקוריות, ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ נ' רביב, פס' 15-11 לפסק דינו של השופט דנציגר (פורסם בנבו, 18.11.2013).

33 ס' 1 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב 71 (תשע"ח)

מהאמור עולה כי הגדרתו של **אמן רחבה** ונתונה לפרשנות. המחוקק היה ער לקושי זה וקבע שהחוק יחול על יוצר או מבצע **בתחום המוזיקה** בלבד.<sup>34</sup> שאלה בדבר הרחבת תחולתו של החוק לתחומי תרבות נוספים הועלתה בדברי ההסבר להצעת החוק,<sup>35</sup> אך נדחתה בדיוני ועדת החינוך, התרבות והספורט (להלן: הוועדה),<sup>36</sup> משמע מדובר בהסדר שלילי.

## המתקשר

התקשרות עם **אמן מוגדרת בחוק**: "התקשרות של מפיק, מוציא לאור, אמרגן או מנהל אישי, בחוזה עם **אמן לשם הפקה, הוצאה לאור, אמרגנות או ניהול אישי**".<sup>37</sup>

נראה כי המחוקק נמנע מלפתוח פתח להחלת הסעיף על מתקשרים נוספים. סביר שכוונת המחוקק היא כי החוק יחול לדוגמה על התקשרות בין נגן למפיק מקצועי שתורמתו ליצירה היא בעיקר על ידי מתן שירותי הפקה. לעומת זאת, דעתנו היא כי אין החוק מכוון לחול על התקשרות בין נגן ובין **אמן המאגד נגנים** לצורך הפקת מופע או אלבום.<sup>38</sup> מסקנה זו מתבקשת לפי השכל הישר, שכן סביר מאוד שהמחוקק לא ביקש לחייב את "האמן-מפיק" להעדיף את טובתו של "האמן" האחר על ענייניו האישיים. יש קושי בהגדרות, מכיוון שאין בהן הגדרה מדויקת מי הוא בעל תפקיד כאמור. הגדרות אלו מביאות ברובן למונחים אחרים המצריכים הגדרה. החוק לא הגדיר מיהו מפיק, אמרגן, מוציא לאור או מנהל אישי, ובכך נפגעת הוודאות בעניין תחולתו של החוק על התקשרויות מסוימות. החוק הישראלי מונה בעלי תפקידים ספציפיים בתעשיית המוזיקה, ושונה בכך מההגדרות הכלליות המצויות במשפט המשווה, שאותן סקרנו לעיל.

## 2. סיווג ההתקשרויות

החוק מבחין בין שלושה סוגי חוזים:

**התקשרות (רגילה) עם אמן** – התקשרות מסוג זה אינה כפופה להגבלת התקופה שבסעיף 2, אך המתקשר חייב חובות אמון כאמור בסעיף 3 לחוק.

**התקשרות בלעדית עם אמן** – "התקשרות עם אמן שבה נאסר עליו להתקשר עם צד שלישי בנוגע לפעילותו האמנותית".<sup>39</sup>

**התקשרות בלעדית עם אמן בחוזה היקף** – "התקשרות בלעדית עם אמן הכוללת את מלוא ההיבטים של פעילותו האמנותית, ובכלל זה הפקה, הוצאה לאור, אמרגנות וניהול אישי, לפי העניין".<sup>40</sup> כפי שעולה מפרוטוקול הוועדה, כוונת המחוקק הייתה שרק חוזה גורף וחובק כול ייחשב לחוזה היקף לעניין חוק זה,<sup>41</sup> שכן נאמר בבירור בדיוניה שהחרגת תחום פעילות שוללת את הגדרת החוזה כחוזה היקף, אפילו מדובר בתחום קטן וזניח.<sup>42</sup> העוגן הלשוני גם הוא ברור: לשון החוק מציינת את "מלוא ההיבטים". מפרוטוקול הדיון בוועדה ניתן להיווכח שחברי הוועדה היו מודעים לכך שהשאירו בחוק

34 ס' 1 לחוק.

35 דברי הסבר להצעת חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, התשע"ה–2014, ה"ח הכנסת 111 (להלן: הצעת החוק).

36 פרוטוקול ישיבה מס' 287 של ועדת החינוך, התרבות והספורט, הכנסת ה-19, בעמ' 5 בדבריו של ח"כ דב חנין (24.11.2014) (להלן: ישיבה 287): "אני מודה בפניכם, החוק הוא אכן חוק ספציפי". זמין ב: fs.knesset.gov.il/19/Committees/19\_ptv\_304158.doc.

37 ס' 1 לחוק.

38 לדוגמה, עידן רייכל שמאגד אמנים שונים ב"הפרויקט של עידן רייכל".

39 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 35. ראוי לציין כי החוק מתייחס להתקשרות בלעדית של אמן בעניין פעילותו האמנותית בלבד, כלומר אינו מתייחס להוראות הנוגעות לזכויות יוצרים ומבצעים של האמן.

40 ס' 1 לחוק.

41 בדיון בוועדת הכנסת זכה חוזה שכזה לכינוי "חוזה 360" (מעלות). ראו פרוטוקול ישיבה 354, לעיל ה"ש 26, עמ' 6.

42 שם, בעמ' 5.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב(1) 71 (תשע"ח)

פרצה מסוימת, המאפשרת למתקשרים המעוניינים בכך להימנע בקלות מהחלת ההסדר הנוגע לחוזה היקף.<sup>43</sup> מספיקה הוצאת תחום פעילות אחד מניהולו של המתקשר ומסירתו לידי האמן, כדי להתחמק מקיצור תקופת ההתקשרות.

### 3. העדר התייחסות לתרופות

**החוק התקבל ללא סעיף סעדים.** דינו של חוזה בלתי סביר לא הוגדר. לכאורה היה ניתן לחשוב כי לאור קרבת הרציונל בין החוק לעוולת העושק, יש מקום לראות בחוזה לתקופה בלתי סבירה חוזה הניתן לביטול בדומה לחוזה שכריתתו נגועה בעושק. לו היה החוזה ניתן לביטול (voidable), היה האמן רשאי להחליט אם ברצונו להמשיך את ההתקשרות או לבטלה, ואם בחר שלא לבטלה, ימשיך החוזה להתקיים ולחייב את הצדדים לו. דא עקא, שאין בחוק הסדר המאפשר לאמן לבטל את החוזה בדומה לסעיף 18 לחוק החוזים.<sup>44</sup> מאחר שהחוק מנוסח בלשון אפודיקטית, נראה כי חוזה שאינו תואם את הוראות החוק יהיה בטל (void) מחמת היותו חוזה פסול, ויחייב את הצדדים בהשבה.<sup>45</sup> ישנה בעייתיות רבה בהסדר הקיים מאחר שאי-החוקיות נסמכת על ההגדרה הגמישה של סבירות בנסיבות העניין. הכרעה בדבר דינו של החוזה, לתוקף או לבטלות, דורשת הליך פרשני, איזון בין מטרת החוזה ובין הערכים, האינטרסים והמטרות החברתיות שהחוק נועד להגשים.<sup>46</sup> מתוך איזון זה יוכרע אם ניתן להגשים את תכלית החוק תוך קיום החוזה או שיש להורות על ביטולו.<sup>47</sup>

הלכות קיום החוזה הפסול עשויות לאפשר תוצאות נוספות. בעניין **טנדלר** נמנו "שיקולי הצדק" שבהתקיים בית המשפט עשוי להורות על קיום חוזה פסול או על מתן פטור מהשבה.<sup>48</sup> חוסר זה בחוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה הוא בעייתי מאחר שאי-אפשר לגזור ממנו כלל מדויק. נוסף על כך, בעוד הצעת החוק המוקדמת מבהירה כי אין לדרוש את אכיפתו של חוזה מהסוגים המפורטים בחוק, בשל היותו חוזה למתן שירות אישי,<sup>49</sup> אין כל הבטחה כי בחיי המעשה ייחשב חוזה שכזה לחוזה למתן שירות אישי בין האמן לגורמי התעשייה, אלא ייבחן אם החוזה בין האמן לחברה מתאפיין בקשר אישי.<sup>50</sup> שתיקת המחוקק בעניין זה גורעת מהוודאות המשפטית באשר לנפקות החוק. עם זאת, בהארה זו נבקש להתמקד באופן הפעלת סעיפי החוק, להבדיל משאלת התרופות הצומחות ממנו.

### 4. בחינת סבירות התקופה

סעיף 2(א) לחוק מגביל התקשרות בלעדית עם אמן לתקופה סבירה. סעיף 2(ב) קובע **חזקה** שלפיה התקשרות בלעדית אינה סבירה אם אורכה עולה על שבע שנים, או חמש שנים אם ההתקשרות היא בחוזה היקף. המחוקק השאיר במודע אפשרות לסתור את החזקה.<sup>51</sup> בחלק זה נעמוד על דרכים אפשריות לבחינת סבירות תקופת ההתקשרות, לאור הרציונל שבבסיס החוק. בחינת סבירות התקופה עשויה להביא לכלל מסקנה שתקופה קצרה מהתקופות המנויות בסעיף 2(ב) איננה סבירה בנסיבות העניין, או לאפשר את סתירת החזקה המנויה בסעיף אף בנוגע לתקופה ארוכה יותר.

בדיני החוזים ישנם כמה הסדרים שהרציונל שבבסיסם קרוב לזה שבבסיס החוק, כלומר המבקשים להתמודד עם פערי כוחות וניסיון בין צדדים. הסדרים אלה יכולים לדעתנו להוות מקור השראה לפרשנות דרישת הסבירות.

43 שם. ראו תשובתו של ח"כ דב חנין לעו"ד מירב ישראלי: "(ישראל) האם לא ניתן לעקוף את זה? (חנין) התשובה היא שניתן לעקוף".

44 ס' 18 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

45 ס' 30 לחוק החוזים. גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 545 (התשס"ט) (להלן: שלו ואדר).

46 ע"א 4305/10 **אילן נ' לוי**, פסי' 18 לדבריו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 9.5.2012).

47 שם; ס' 19, 21, 30, 31 לחוק החוזים. בהקשר זה ייתכן שגם יהיה ניתן לפצל את החוזה לתקופה סבירה ובלתי סבירה, ובכך להחיל ביטול חלקי בלבד.

48 ע"א 6667/10 **הלוי בר טנדלר נ' קוזניצקי**, פסי' 23-28 לדבריו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.9.2012).

49 ס' 3 להצעת החוק לדיון מוקדם, לעיל הי"ש 6.

50 שלו ואדר, לעיל הי"ש 45, בעמ' 208.

51 פרוטוקול ישיבה 354, לעיל הי"ש 26, בעמ' 28 בדבריה של עו"ד דפנה גוטליב (יעוץ וחקיקה, משרד המשפטים).



אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב 71 (תשע"ח)

על פי דברי ההסבר, מטרת החוק היא **לצמצם את פערי הכוחות** בין האמנים למנהלי תעשיית המוזיקה.<sup>52</sup> טענת יוזמי החוק היא שפערי הכוחות הללו מיתרגמים לחוזים שתנאיהם גרועים בעבור האמן.<sup>53</sup> יש דמיון בין תכליתו של החוק לתכלית ההסדר הקבוע בסעיף 18 לחוק החוזים בעניין עושק.<sup>54</sup> בשני המקרים (החוק דגן ועילת העושק) מדובר בחוזה שנערך על ידי הצדדים מדעת ומרצון,<sup>55</sup> כשתכליתם של שני ההסדרים היא למנוע ניצול לרעה של פערי כוחות לכריתת חוזים שאינם הוגנים, ושניהם כוללים בחינת סבירות לפי נסיבות העניין. לאור האמור הגיוני לבחון את סבירותה של ההתקשרות בדומה לבחינת קיומו של עושק.<sup>56</sup> לאור דעתו של המחוקק כי שחרור מחוזים ארוכים יקדם את היצירה, נראה כי התכוון המחוקק להקל על מוזיקאים להשתחרר מחוזים נוקשים וארוכי טווח, והגיוני כי **רף ההוכחה לסתירת סבירות התקופה יהיה נמוך יותר** מהרף הקבוע להוכחת עושק. עם זאת, לא מן הנמנע כי במקום שבו המחוקק משתמש בהנמקה דומה, ניתן לשאוב השראה מדרך הבחינה של עושק, ולדעתנו יש בכך היגיון אנליטי. כך נראה כי ההסדר שנחקק קרוב לעילת העושק בחוק החוזים, אך תוך ויתור ראייתי מסוים לטובת האמן.

לאחר שעמדנו בקצרה על נפקותה של אי-הסבירות, נעבור כעת לדון במבחני עזר לאיתורה. נציע להיעזר במבחן פערי הכוחות, מבחן ההשפעה הבלתי הוגנת, חוסר ניסיון, היעדר חלופה וכן תנאי חוזה גרועים. טענתנו היא כי כאשר התנאים במבחנים אלו מתקיימים, ניטה לראות את תקופת ההתקשרות כבלתי סבירה כאשר האמן מבקש להשתחרר מהחוזה, גם אם טרם עברה התקופה שבסעיף 2(ב) לחוק, וזאת לאור סעיף 2(א) שקובע כי לא תיערך התקשרות "לתקופה שאינה סבירה לפי העניין".<sup>57</sup> בהתאמה, מבחני העזר עשויים להצביע על התקשרות הוגנת בין צדדים שקולים, ובכך לסתור את חזקת אי-הסבירות גם אם מדובר בתקופות ארוכות מהתקופה המנויה בחוק, לטובת שיקול דעת הצדדים בעת הכריתה.

#### (א) מבחן פערי הכוחות

לאור תכליתו המוצהרת של החוק, נציע כי שלב ראשון בבחינת סבירות תקופת ההתקשרות יהיה **מבחן פערי הכוחות**. אמנם בשונה מעילת העושק שבחוק החוזים, החוק מוותר על דרישת המצוקה כדרישה פורמלית. עם זאת, מובן כי החוק מבקש להגן על אמנים בתחילת דרכם כאשר כוחם לשאת ולתת בדבר תנאיו של החוזה חלש וניסיונם בכריתת חוזים דל לכל היותר. לאור חשיבותו של עקרון חופש החוזים, נראה כי יש לראות בחוזה חוזה סביר אם נערכה ההתקשרות בין צדדים שקולים, ולשני הצדדים יש ניסיון מה בכריתת חוזים, ייצוג משפטי הולם וחלופות להתקשרות, וניתן להעריך כי אין פערי כוחות ביניהם. לשיטתנו, אין לאפשר לאמן ותיק ומבוסס להשתחרר מחוזה שחתם בשלב מתקדם בקריירה באמצעות חוק זה. ניתוח מצבו של אמן לעניין בחינת פערי כוחות דומה במידה רבה לבחינת יסוד המצוקה בעילת העושק.<sup>58</sup> חרף היעדר הדרישה הפורמלית להוכחת פערי כוחות, יש בקיומם או בהיעדרם כדי לחזק את המסקנה בדבר סבירות אורך תקופת ההתקשרות. בחינה זו חשובה מאחר שקשה לקבוע מהם תנאים סבירים בשוק המוזיקה הישראלי, מאחר שישנן פסיקות אחדות בלבד הנוגעות ליחסים אלו. גם ניכרת שונות רבה בין העסקאות, ולרוב אין אמן אחד דומה למשנהו מבחינת אישיותו, יכולותיו המוזיקליות או קהל היעד שהוא או היא עשויים למשוך. בהמשך תתפרק זה נציג כלי בחינה לזיהוי פערי כוחות העשויים לעורר חשש שתנאי החוזה הם בלתי סבירים.

52 דברי ההסבר להצעת החוק, לעיל ה"ש 35.

53 ישיבה 287, לעיל ה"ש 36, דבריה של איה כורם בעמ' 29.

54 ס' 18 לחוק החוזים.

55 גבריאלה שלו **דיני חוזים – החלק הכללי** 341 (תשס"ה) (להלן: שלו).

56 ע"א 403/80 **סאסי נ' קיקאון**, פ"ד לו(1) 762, 767 (1981). קיומו של עושק נבחן על פי שלושה יסודות מצטברים: מצבו של העשוק, מצוקתו, חולשתו השכלית וחוסר ניסיונו; ניצול מצבו של העשוק על ידי העשוק ולבסוף היעדר איזון סביר בין הערכים המשתקפים בחוזה. דרישות אלו מתווספות לדרישה הכללית לקיומו של חוזה ולקשר סיבתי בין ניצול המצוקה להתקשרות בחוזה. ראו רע"א 617/08 **מלון עדן נהריה בע"מ נ' יוסף קסל**, 30 (פורסם בנבו, 21.9.2014) (להלן: עניין **מלון עדן**); ע"א 6235/15 **חלאק נ' כריים**, פס' 22 לדבריו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו 15.2.2017).

57 ס' 2(א) לחוק.

58 ע"א 4839/92 **גנז נ' כץ**, פ"ד מח(4) 749, 756 (1994).

### (1) השפעה בלתי הוגנת

בתת-הפרקים הקרובים נבקש להציע מודלים לבחינת יחסי הכוחות. מודל ראשון הוא מודל ההשפעה הבלתי הוגנת הכלול בהצעת חוק דיני ממונות. החוק מאמץ הסדר דומה במידה רבה **לחזקת העושק** המצויה בהצעה זו.<sup>59</sup> דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת מציעה את קריטריון התלות כבסיס לבחינת פערי כוחות. על פי הצעת חוק דיני ממונות, כאשר תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה בנוגע לאחד הצדדים, והתקיימו יחסי תלות בין אותו צד לצד האחר, הראשון זכאי לבטלו. על שכמו של הצד האחר לחוזה להוכיח כי לא ניצל את יחסי התלות.<sup>60</sup> בהנחה שהחוק מכוון למנוע או לפחות לצמצם פערי כוחות, דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת עשויה לסייע בעדנו לבחון אם בעת כריתת החוזה התקיימו יחסי תלות, או יחסים הקרובים לתלות, בין האמן לגורם שעמו התקשר בחוזה. יחסי תלות בין צדדים לחוזה הם מקרה פרטי של פערי כוחות. בהצעת חוק דיני ממונות הוצעה חזקה דומה לזו שנחקקה בחוק הגנה על זכויות אמנים במוזיקה. בשני המקרים הרציונל שבבסיס החזקה הוא מניעת ניצול הנובע מפערי כוחות.<sup>61</sup>

דוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת (undue influence) משמשת במקרים שבהם יש השפעה נפשית או פסיכולוגית, או ניצול של יחסי תלות ואמון.<sup>62</sup> במקרים כאלה, חל כלל של העברת נטל השכנוע לשכמו של בעל ההשפעה.<sup>63</sup> ההסדר האמור בסעיף 2 נראה דומה לדוקטרינת ההשפעה הבלתי הוגנת ודמיון זה עשוי לסייע לנו לבחון את סבירות החזקה תוך היעזרות במבחני הדוקטרינה כפי שסוכמו בעניין **מלון עדן**, בשינויים המחויבים (למען הנוחות נתייחס לאמן ולמפיק): מבחן עצמאותו השכלית והפיזית של האמן בזמן ההתקשרות; מבחן הסיוע – אם האמן נזקק לסיוע מצדו של המפיק להתגבר על קשיים ומגבלות אישיים; מבחן קשרי המזכה עם אחרים, שלפיו מיעוט קשרים מצביע על תלות; בדיקה אם נסיבות עריכת המסמך מעידות על שליטה של המפיק בו, ולבסוף אם האמן נהנה מייעוץ עצמאי ובלתי תלוי.<sup>64</sup>

מבחינים אלו משמשים מודל השראה לבחינת יחסי הכוחות, אך כשלעצמם אינם צפויים להכריע בעניין סבירות החזקה, הואיל ובמקרה השכיח לא יסייעו להוכחת תלות שתזכה את האמן בביטול החוזה. עם זאת, במקרים שבהם יש תלות של האמן במפיק, מכוח קל וחומר מתקיימים פערי כוחות. מבחני ההשפעה הבלתי הוגנת עוזרים בפרשנות החוק על ידי קביעת אמות מידה שבאמצעותן המתקשר יכול לסתור את החזקה שהעבירה את הנטל על שכמו. בחינה זו אף מתבקשת לאור תכלית החוק: למנוע ניצול פערי כוחות בין אמנים לגורמי התעשייה. בהמשך ההארה נבחן אם התקיים ניצול (על פי מבחן תנאי החוזה הגרועים). בשלב זה ראוי לבחון אם התקיימו פערי כוחות. כאשר תנאי המבחינים מתקיימים, אפילו בצורה חלקית, ניתן להסיק את אי-סבירות התקופה, מאחר שמידת התלות בין הצדדים עשויה להעיד על ניצול בעת כריתת החוזה, ובפרט בעת קביעת תקופת ההתקשרות.

ניתן להיעזר במבחינים אלו לבחינת עובדות עניין **כורם** כמקרה לדוגמה. בעניין **כורם** נאמר כי המוזיקאית זכתה ליעוץ משפטי והייתה מעורבת בעריכת החוזה בליווי אמה, ולפיכך קשה יהיה לתאר את מצבה כמצב של תלות. לעומת זאת, אם נשווה לנגד עינינו התקשרות של אמן עם מנהל אישי, עשויה הכף ליטות לכיוון הכרה ביחסי תלות, ומכאן להכרה בפערי כוחות. דוגמה קיצונית לכך תהיה התקשרותו של אמן עיוור בתחילת דרכו עם מנהל אישי. שם עשויה לקום תלות ממשית של האמן במנהל אם המוגבלות הפיזית משפיעה על יכולתו של האמן לקדם את ענייניו באופן עצמאי או לקיים משא ומתן על תנאי ההתקשרות.<sup>65</sup>

59 ס' 180(ב) להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח הממשלה 712.

60 שלו, לעיל ה"ש 55, עמ' 352

61 שם.

62 ראו עניין **מלון עדן**, לעיל ה"ש 56, פס' 59 לדבריו של השופט מלצר.

63 שם, פס' 54 לדבריו של השופט מלצר.

64 שם, פס' 48 לדבריו של השופט מלצר.

65 בדומה לסרט הביוגרפי "ריי" המתאר את חייו של האמן ריי צ'ארלס, "ריי" (יוניברסל ואח', 2004) [www.imdb.com/title/tt0350258](http://www.imdb.com/title/tt0350258)

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב 71 (תשע"ח)

## (2) חוסר ניסיון

כדי להפריך את חזקת אי-הסבירות, נציע לבחון את קיומם של פערי כוחות גם בהשראת מרכיב חוסר הניסיון בעילת העושה. פרופ' שלו גורסת שחוסר ניסיון זה אמור להתייחס להתקשרויות חוזיות בכלל, או מן הסוג הנדון בפרט, אך מחריגה מההגדרה חוסר ניסיון הנובע מאי-הפעלת שיקול דעת.<sup>66</sup> פרופ' צלטנר מפרש את חוסר הניסיון ככולל גם חוסר כללי של ניסיון חיים.<sup>67</sup> ראוי לציין כי הפסיקה הכירה בכך שהיווצרות במומחים עשויה לגשר על חוסר ניסיון.<sup>68</sup>

בדיוני ועדת הכנסת שדנה בהצעת החוק נשמעה הדעה כי אמנים בתחילת דרכם ראויים להגנת החוק בגלל גילם הצעיר וחוסר ניסיונם בתעשיית המוזיקה.<sup>69</sup> דוגמה לכך ניתן למצוא בדבריו של האמן אפרים שמיר: "כשבאים אליכם אמנים צעירים, ילדים בעלי חלום, שכל מה שהם רוצים זה לבטא את החלום שלהם, אתם עומדים בפניהם כשאתם בעמדה פי אלף יותר חזקה משלהם, אתם מנצלים אותם".<sup>70</sup>

הגנה על אמנים צעירים וחסרי ניסיון היא התכלית שהחוק מבקש להגשים.<sup>71</sup> מן הראוי להסיק כי במקרה שבו מדובר בהתקשרות של אמן בעל ניסיון ומומחיות (בין שלו בין של מומחים שבהם נועץ) פערי הכוחות מצטמצמים, וגוברת הנטייה לראות בתקופת התקשרות ארוכה תניה שנחתמה שלא מתוך ניצול אלא מרצון אמיתי, ולכן סבירה. ראוי לציין בהקשר זה כי אמן עשוי להתקשר עם בעל תפקיד אשר כשלעצמו אינו גורם רב השפעה וניסיון. לפי הניתוח שהוצע לעיל, הוכחת חוסר ניסיון אצל הצד שאינו האמן, תטה גם היא את הכף לעבר המסקנה כי לא התקיימו פערי כוחות.

## (3) היעדר אלטרנטיבה

קיומה של חלופה לכריתת החוזה עשויה להעיד שתקופת ההתקשרות סבירה ולסתור את החזקה הקבועה בסעיף 2(ב). העובדה שהייתה לאמנית ברירה להתקשר בחוזה זה או באחר, משמעה כי היה בידיה כוח נוסף, שאותו יכלה לנצל במשא ומתן לכריתת החוזה. בחינת החלופות הנתונות לאמן חשובה לאור השינויים שתיארנו בפרק ב' להארה, שמהם עולה כי כמעט תמיד תהיה לאמן חלופה להתקשרות בחוזה. קיומו של כוח בידי האמן עשוי להשפיע על פערי הכוחות בינו ובין המתקשר. בהשראת מבחני הכפייה הכלכלית,<sup>72</sup> נוכל לומר כי היעדרן של ברירות עשוי לשמש מבחן עזר נוסף לבחינת קיומם של פערי כוחות. הטיעון בדבר היעדר ברירה הועלה גם הוא על ידי תומכי החוק כמחזק את פערי הכוחות בין האמן לגורמי התעשייה. כך למשל, תיארה האמנית מירי מסיקה את מצבם של אמנים בתחילת דרכם: "תראו מה קורה, אדם עומד חסר אונים ואני חייבת לחתום על החוזה הזה כי אם לא, לא יהיה לי תקליט".<sup>73</sup>

סוגיית היעדר הברירה עלתה בפסיקה הנוגעת לעושה כרכיב התורם למצוקת העושה: "בהיעדר אלטרנטיבה ממשית [...] קצרה הדרך למסקנה כי הצד שהתקשר בחוזה היה אכן שרוי תחת מצוקה שאותה ניצל הצד השני באופן העולה כדי עושה".<sup>74</sup>

הנמקה שלפיה היעדר חלופה עשוי להביא לידי פגם ברצון האדם ניתנה גם בבחינת הכפייה הכלכלית. בפסק הדין המנחה בעניין, **מאיה נ' פנפורד**, נדון המונח "לחץ אטומספרי כלכלי" העשוי להיות לגיטימי או בלתי לגיטימי והמגיע לכדי

66 שלו, לעיל הי"ש 55, בעמ' 347.

67 זאב צלטנר **דיני חוזים של מדינת ישראל** 211 (1973).

68 ע"א 2409/10 **מגורי נ' מלאכי**, פס' 34 לדבריו של השופט ג'ובראן (פורסם בנבו, 23.08.2012).

69 ישיבה 287, לעיל הי"ש 36, דבריו של דב חנין בעמ' 4.

70 שם, דבריו של אפרים שמיר בעמ' 34.

71 דברי ההסבר להצעת החוק לדיון מוקדם, לעיל הי"ש 6: "מטעמים של פערי כוחות, ידע וניסיון [...] עולה הכרח לקבוע בחוק תנאים בסיסיים".

72 סעי' 17 לחוק החוזים.

73 ישיבה 354, לעיל הי"ש 26, עמ' 23.

74 עניין **מלון עדן**, לעיל הי"ש 56, פס' 39 לדבריו של השופט מלצר.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב(1) 71 (תשע"ח)

כפייה כלכלית.<sup>75</sup> הואיל ורצוננו לשמור על חירותו של האמן מפני "שעבוד" מחד גיסא, ומפני פגיעה בחופש החוזים מאידך גיסא, נראה כי מבחני הכפייה הכלכלית, בהיותם בוחני השפעה על האוטונומיה, יכולים גם הם לסייע לנו לעמוד על פגיעה בחירותו של האמן. שני מבחנים לכפייה כלכלית: האחד הוא מבחן **איכות הכפייה**, אם מדובר בלחץ שיש בו משום פסול מוסרי, חברתי או כלכלי ושחיי מסחר תקינים אינם יכולים לשאתם.<sup>76</sup> האחר הוא מבחן **עוצמת הכפייה**, ולפיו נבחן אם הכפייה שהופעלה לא הותירה למתקשר חלופה מעשית וסבירה אלא להתקשר בחוזה.<sup>77</sup> דוגמה מרכזית לכפייה שאינה מותירה למתקשר חלופה מעשית להתקשרות, היא איום מפגיע שגורם נזק בלתי הפיך.<sup>78</sup>

לעניין התקשרותם של אמנים בחוזים לתקופות ארוכות, ניתן לבחון אם ישנה חלופה כגון אפשרות להתקשר בחוזה אחר עם גורם אחר בתעשייה, אך עם זאת ייתכן שנקודת מבט ראויה תהיה בחינת סבירות החלופה של אי-התקשרות כלל בחוזה, שמשמעותה המשך פעילותו האמנותית של המוזיקאי במימון עצמי או הפסקתה כליל.

תכליתו של החוק היא לצמצם פערי כוחות בין אמנים למוקדי הכוח בתעשיית המוזיקה, ולכן במצב שבו אין פערי כוחות, יש לקיים את העיקרון הכללי של חופש החוזים ולראות את החוזה המקורי כתקף. עם זאת, כשנערך חוזה ויש בו תניית בלעדיות, ניתן לסותרו באמצעות המבחנים שהוצעו לעיל.

## (ב) מבחן תנאי החוזה

לאחר שבוחנים אם מתקיימים פערי כוחות, והתשובה על כך היא חיובית, פונים לבחון אם החוזה מביא לידי ביטוי ניצול של פערי כוחות על ידי הצד החזק. מבחן תנאי החוזה הגרועים הוא חשוב מאחר שאין כל קושי מוסרי או ערכי כששני צדדים מתקשרים בחוזה הוגן, אף אם הם אינם שקולים בכוחם. מבחן תוצאתי זה משמש כדי לשלול קיומו של עושק, גם כאשר התקיימו התנאים הנוספים הנדרשים להוכחת עושק, קרי מצוקה של המתקשר בחוזה וניצולה על ידי הצד האחר.<sup>79</sup> בעוד עילת העושק דורשת מצוקה וניצול המביאים לידי תוצאה בלתי סבירה, סעיף 2(ב) לחוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה מחייב רק כי התוצאה תהיה סבירה. בתת-הפרקים הקודמים הצענו לבחון את פערי הכוחות כאינדקציה לשלמות רצונם המעידה על סבירות או לחלופין לחיזוק הטענה כי תקופת ההתקשרות אינה סבירה, לאור פערי כוחות של ממש בין הצדדים בעת הכריתה. בתת-פרק זה נציע אמות מידה לבחינת ביטויים של פערי הכוחות בתנאי החוזה עצמם. בשונה מעילת העושק, חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה אינו דורש מצוקה וניצול, אלא רק סבירות של תנאי החוזה. באשר לחוזה רגיל, נבחנת סטייה מתוצאה סבירה תוך השוואה לתנאים המקובלים בשוק.<sup>80</sup> טענה זו הועלתה גם בעניין **כורם** בנוגע לאורך תקופת ההתקשרות.<sup>81</sup> לעומת זאת, אם אין תנאים מקובלים בשוק, ייבדקו תנאי החוזה "לאור התנאים שייראו הוגנים וצודקים בנסיבות העניין".<sup>82</sup> לעניין חוק ההגנה על זכויות אמנים במוסיקה, לא נוכל להתייחס לחוזה המקובל בשוק, מאחר שהמחוקק הביע דעתו כי החוזה המקובל בשוק אינו הוגן. לפיכך נותרה לנו בחינת הגינותו של החוזה לפי הנסיבות. על בית המשפט לפתח אפוא אמת מידה עצמאית בנסיבות העניין,<sup>83</sup> ובהיעדר תנאים מקובלים, אמת המידה תהיה של הוגנות התנאים.<sup>84</sup> דעתנו היא כי בגלל הקושי לעמוד על מהותם של תנאים הוגנים, יש לראות את מבחן פערי הכוחות כמבחן העיקרי. ההנחה היא שחוזה לתקופה ארוכה מהקבוע בסעיף 2(ב), אינה תקופה סבירה, וכי תקופה קצרה

75 ע"א 1569/93 מאיה נ' פנפורד, פ"ד מח(5) 719, 705 (1994).

76 שם.

77 שם, בעמ' 721.

78 ע"א 8/88 שאול רחמים בע"מ נ' אקספומדיה בע"מ, פ"ד מג(4) 95, 99 (1989).

79 סיני דויטש "הוראת העושק בחוק החוזים" **מחקרי משפט** ב 1, 6 (תשמ"ב) (להלן: סיני דויטש).

80 שם, עמ' 9.

81 עניין **כורם**, לעיל הי"ש 3, עמ' 22.

82 סיני דויטש, לעיל הי"ש 79, עמ' 9.

83 שלו, לעיל הי"ש 55, עמ' 348.

84 שם, בעמ' 349.

אביחי אליהו ואורי גורלי, "חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה, הקשיים שהוא יוצר והצעות לפתרונם", **הארץ דין** יב 71 (תשע"ח)

יותר היא סבירה. עם זאת, ניתן להעלות על הדעת אמות מידה מסוימות לבחינת הוגנות כללית בתנאי החוזה, העשויה לסתור את הנחת הבסיס האמורה, בנסיבות מיוחדות. להלן הצעותינו (כחלק מרשימה פתוחה):

**1. מבחן הפרש הערך** – האם יש הפרש מהותי בחלוקת הרווחים בין האמן למתקשר, או האם רווחיו של המתקשר משיאים לו תשואה בלתי מידתית לחלוטין לערך השקעתו באמן, תוך שקלול הסיכון שנטל על עצמו המתקשר? מבחן זה כאינדיקציה לחוסר הוגנות שאול מטענת Laesio Enormis שבמשפט הרומי.<sup>85</sup> מבחן זה צפוי לשמש אמן המבקש להראות כי התקשר בחוזה לתקופה בלתי סבירה, אף אם קצרה מהתקופות המנויות בסעיף 2(ב).

**2. תרומה ממשית** – ניתן לשקול אם המתקשר בחוזה תורם או מחויב לתרום תרומה ממשית לקידומו של האמן ולהצלחתו במידה ובאופן שלא היו מושגים בידי האמן עצמו, ואם החוזה מספק לאמן אמצעים ואפשרויות שלא היו ניתנות לו ממילא. מבחן זה והבאים אחריו עשויים לתמוך בסבירותה של תקופת התקשרות ארוכה יותר מהתקופה המנויה בסעיף 2(ב) כסבירה.

**3. תרומה ייחודית** – האם למתקשר הספציפי תכונות, כישורים או אמצעים המייחדים אותו מבעלי תפקידים אחרים? ניתן לבחון זאת בעזרת השאלה אם החלפת המתקשר הספציפי באחר הייתה משפיעה על פעילותו האמנותית של האמן או על הצלחתו.<sup>86</sup> שתי ההצעות האחרונות עוקבות אחר הרעיון הלוקיאני בדבר זכות הנקנית על ידי עירוב עבודה אישית.<sup>87</sup>

**4. תגמול משמעותי** – האם האמן זכה לתמורה של ממש בעד כריתת חוזה לתקופת התקשרות בלעדית? הצעה כזאת הועלתה בדיוני ועדת החינוך, התרבות והספורט כאמצעי לבחינת סבירות תנאי החוזה. הדעה שהובעה על ידי חברי הוועדה היא כי תגמול משמעותי עשוי להכשיר תקופת התקשרות ארוכה מאלו המנויות בסעיף 2(ב).<sup>88</sup>

לסיכום חלק זה, לאור כוונת המחוקק לצמצם את פערי הכוחות בין אמנים לגורמי תעשיית המוזיקה כדי להביא להתקשרויות הוגנות, בצירוף העיקרון הכללי בדבר חופש החוזים, נראה כי יש לבחון את סבירות החזקה לפי מבחן משולב המשקלל את פערי הכוחות בין הצדדים בכריתת החוזה ואת הוגנות תנאיו המהותיים של החוזה.

## 5. חובת האמון

סעיף חובת האמון בחוק דנו הוא למעשה העתקה של סעיף חובת האמון מהצעת חוק דיני ממונות.<sup>89</sup> הסעיף קובע כי "המתקשר יפעל לטובת האמן באמונה, בשקיפה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות, ינהג בתום לב לטובת עניינו של האמן, ולא יעדיף את עניינו האישי או את עניינו של אחר על פני טובת האמן".

כזכור, סעיף זה החליף את הסעיף שבהצעת החוק המקורית, שקבע חזקה הניתנת לסתירה, שלפיה במקרה שבו רוב ההתחייבויות בחוזה מוטלות על כתפי האמן, וחלוקת הרווחים בין הצדדים איננה שוויונית באופן שאינו סביר ואינו מידתי, מדובר בחוזה הנוגד את תקנת הציבור. לדעתנו, ההסדר המוצע בהצעת החוק המקורית הוא עדיף. חובת האמון הקבועה בסעיף 3 לחוק בעייתית בעינינו כיוון שלדעתנו היא אינה מתיישבת עם אופיו של שוק המוזיקה, כפי שנסביר מיד.

85 ש.ס.

86 עניין **כורם**, לעיל ה"ש 3, עמ' 8. במקום זה העלתה כורם טענה כי חברת ההפקה הנתבעת שימשה מתוכת בלבד בין כורם לספקי שירותים אחרים, ללא השקעה עצמית של כישורים ביצירת האלבום.

87 גיון לוק **המסכת השנייה על הממשל המדיני** 22 (יוסף אור מתרגם, 1959).

88 ישיבה 354, לעיל ה"ש 26, עמ' 43.

89 ס' 434 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 59, קובע כי "חייב אמן הוא חיוב של אדם (בפרק זה – חב האמון) כלפי אדם אחר (בפרק זה – הזכאי) לקיים את חיוביו בשקיפה, במיומנות, במסירות ובלא התרשלות, ולנהוג בתום לב לטובת עניינו של הזכאי ולא לטובת עניינו שלו".

חובות אמון מנוסחות על פי רוב בצורה ערטילאית וללא כללי הדרכה ספציפיים. סעיף 3, כמו גם סעיף 434 להצעת חוק דיני ממונות, אינם יוצאים מן הכלל בעניין זה. הספרות, בהידרשה לקושי זה, ציינה שלצורך עמידה בחובות אמון יש למלא שתי חובות עיקריות: החובה שלא לנהוג בניגוד עניינים וחובת גילוי.<sup>90</sup> כפי שטענו לעיל, דומה שהמחוקק לא בדק את התאמת הגדרת חיוב האמון בהצעת חוק דיני ממונות לתעשיית המוזיקה. תעשיית המוזיקה בנויה באופן שחברות האמרגנות וההקלטות מתקשרות עם מספר רב של אמנים. בארה"ב, לדוגמה, 90% מתעשיית המוזיקה מרוכזים בידי חמש חברות בלבד.<sup>91</sup> פעמים רבות האינטרסים של האמנים, אף שהם מיוצגים בידי אותו גוף, אינם זהים, ולעתים הם אף סותרים באופן מהותי זה את זה.<sup>92</sup> במצב זה המתקשר עם האמן נתון במצב של ניגוד עניינים. ניתן להקביל מצב זה למצב שבו עורך דין מייצג שני לקוחות משני צדי המתרס של אותה עסקה. במצב מעין זה, הציפייה שלנו מעורך הדין תהיה שיתפטר מייצוג של אחד מהצדדים. בתעשיית המוזיקה המצב אף חמור יותר, שכן אין מדובר בשני אמנים בלבד אלא באמנים רבים.<sup>93</sup> נוסף על כך, במצבים מסוימים כמו אכיפה של זכויות יוצרים עלול להיות חוסר התאמה בין האינטרסים של המתקשר ובין האמן.<sup>94</sup>

קושי נוסף העולה מחובת האמון במתכונתה הנוכחית הוא היעדר ההבחנה בין שלושת סוגי ההתקשרות הקיימים בחוק: התקשרות עם אמן, התקשרות בלעדית עם אמן וחווה היקף. דבר זה נראה תמוה מכיוון שהבחנה זו נעשית בסעיף 2 לחוק לעניין תקופת ההתקשרות המותרת. הבחנה זו נראית נחוצה, ולו לצורך הרמוניה חקיקתית, גם בהקשרו של סעיף 3. ברי שלא נוכל לדרוש אותה רמה של חובת אמון מחברה המתקשרת עם האמן בחווה רגיל ומחברה המתקשרת עם אמן בהתקשרות בלעדית. הציפייה תהיה שונה גם מחברת הפקה שמתקשרת עם האמן לצורך היבט אחד של פעילותו האמנותית לעומת חברה שמחתימה את האמן על חווה היקף שיוצר חיובים בין הצדדים בנוגע לכלל הפעילות האמנותית שלו.<sup>95</sup> היעדר הבחנה כאמור עלול לגרום לשני סוגים של תקלות. **האחד** הוא היחלשות של חובת האמון מכוח הסעיף באופן כללי, שכן לצורך התאמה לכלל המתקשרים עם האמן, יהיה צריך לקבוע רף נמוך של חובת אמון, וזו לא תמיד תגשים את תכלית החוק. **השני** הוא קביעת רף גבוה מדי של חובת אמון שעלול להסב עלויות מיותרות ולפגוע בתעשייה, בייחוד בגופים המתקשרים עם האמנים לצורך הסדרה של היבט אחד מתוך כלל הפעילות המקצועית, וללא בלעדיות.<sup>96</sup>

קושי אחר הוא העובדה שלפחות מלשון הסעיף וכן מהדיונים בוועדה עולה שחובת האמון היא חד-צדדית, קרי רק של המתקשר כלפי האמן. מציאות זו אינה מתאימה לשוק המוזיקה, שכן במקרים מסוימים יחסי הכוחות הפוכים והמתקשר תלוי באמן לצורכי הכנסותיו. זאת ועוד, המתקשר הוא שנוטל סיכון לכישלוננו המסחרי של האמן. לפיכך קביעת חובת אמון חד-צדדית מכבידה על המתקשר באופן שהוא נוטל את הסיכון והוא היחיד שנושא בנטל חובת האמן במקרה שהאמן מצליח. חוסר איזון זה עלול להרתיע האמרגן מלהשקיע באמן, ובעקיפין לפגוע בשוק המוזיקה. מצד אחר, דווקא הטלה של חובה הדדית תמריץ מתקשרים עם האמנים להשקיע בהם, שכן בסופו של דבר הם ידעו ששכרה של השקעה זו בצדה, והוא מוגן בחובת האמן. טעם כלכלי נוסף להטלת חובת אמון הדדית הוא עידוד כניסה של שחקנים חדשים לשוק האמרגנות והגדלת התחרות.

לאחר שצינו את הקשיים העולים מחובת האמון בנוסחה כיום, ננסה להתוות כמה מבחנים שיסייעו לבית המשפט לפרש את חובת האמון באופן שיקהה ולו במידה מסוימת את הקשיים שזיהינו.

90 עמיר ליכט "יחסי אמונות בתאגיד – חובת האמון" **משפט ועסקים** יח 257, 237 (2014).

91 שם, לעיל ה"ש 15, עמ' 58.

92 Hal I. Gilenson, *Badlands: Artist-Personal Manager Conflicts Of Interest In The Music Industry*, 9 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 501 (1990).

93 אהרן ברק "ניגוד אינטרסים במילוי תפקיד" **משפטים** י 11, 12 (1980).

94 Amit Gayer, *Oz Shy, Publishers, artists, and copyright enforcement*. 18 INF. ECON. & POL'Y 374 (2006). המאמר מראה כי בעוד אכיפה של דיני זכויות יוצרים חיונית למו"לים לצורך הבטחת הכנסותיהם, דווקא לאמנים הפיראטיות משתלמת כי היא מגדילה את חשיפתם לקהל.

95 דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** 824–825 (1993); ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573, 597 (1994).

96 אירית חביב-סגל "מודל חדש לחובות אמון של מנהלי חברות" **משפטים** כב 353, 356 (1994).

## 6. הבחנה בין סוגי ההתקשרות השונים

בטרם יקבע אם הופרה חובת האמון, היא על בית המשפט לבחון באיזה סוג חוזה מדובר לפי ההגדרות שבסעיף 1 לחוק, כלומר אם מדובר בהתקשרות רגילה, בהתקשרות בלעדית או בהתקשרות בחוזה היקף, כפי שהסברנו בפרק ג.2 להארה זו. לדעתנו, אין להטיל רמה אחידה של חובת אמון על הצדדים, אלא יש לקבוע חובת אמון הדרגתית, הגדלה ככל שסוג ההתקשרות מגדיל את פערי הכוחות ואת התלות בין הצדדים.

## 7. פרשנות של ניגוד העניינים בצורה מרוככת ומתן משקל יתר לחובת הגילוי

כיוון שכפי שהצגנו, ניגוד עניינים הוא עניין אינהרנטי בשוק המוזיקה, לא מן הנמנע שהמתקשר עם האמן ייתקל בניגוד עניינים זה כדבר שבשגרה. לכן הפתרון הוא להתחשב רק בניגודי עניינים שאינם נובעים במישרין מעבודתו המקצועית כאמרגן. נוסף על כך ניתן להיעזר ביסוד השני של חובת האמון, והוא חובת הגילוי. המתקשר עם האמן יחויב לדווח לאמן טרם ההתקשרות ובמהלכה על ניגודי עניינים שונים שיש לו בקידום ענייניו לעומת קידום ענייניהם של אמנים אחרים, בדומה לחובת הגילוי הקיימת כיום בחוק החברות. הפרה של חובת גילוי זו תהווה הפרה של חובת האמון כלפי האמן, בדומה למודל הקבוע כיום בסעיף 234 לחוק החברות. זאת ועוד, חובת הגילוי תחלוש גם על כל מידע רלוונטי לאמן, שהמתקשר עם האמן מחזיק, ובייחוד מידע הקשור לשווי ההכנסות והתמלוגים שמקבל המתקשר.

## 8. גזירה הודית של חובת אמון הודית במקרים המתאימים מכוח הנסיבות

אף שאין בחוק ההגנה על זכויות אמנים במוסיקה אזכור לכך שהאמן חייב לפעול לטובת האמרגן או המפיק, ניתן לקבוע קיומה של חובת אמון גם מכוח הנסיבות.<sup>97</sup> לכן במקרים מתאימים שבהם יחסי התלות ופערי הכוחות בין האמן למתקשר משתנים לטובת האמן, יוכל בית המשפט להכיר בכך שהאמן חב חובת אמון כלפי המתקשר.

## סיכום

בהארה קצרה זו ביקשנו לתאר את אופן פעולתו של חוק הגנה על זכויות אמנים במוסיקה ואת הקשיים שבו. תחילה תיארו את הנסיבות שמתוכן צמח דבר חקיקה זה ואת התכלית שביקש להגשים: הגנה על אמנים צעירים בתחילת דרכם מפני חוזים בלתי הוגנים. לאחר מכן הצגנו את ייחודו של החוק על רקע המשפט המשווה וכן את האופן שבו שיטות משפט אחרות ביקשו לפתור סכסוכים הנוגעים לתעשיית המוזיקה והבידור. בפרק ב' הרהרנו בשאלה אם הבעיות שהחוק מבקש לפתור עדיין עומדות בעינינו, אך מצאנו שהן נפתרות מאליהן ללא ידו המכוונת של המחוקק. בהמשך הפרק ביקשנו לעמוד על הקשיים אשר החוק מציב לאמנים, בין שמדובר באמנים ותיקים ובין שמדובר באמנים צעירים בתחילת דרכם. בפרק ג' ביקשנו לנתח את אופן פעולתו של החוק, תוך התמקדות במה שחסר בו ובהבדלים בין נוסחו הסופי לנוסח הצעת החוק, תוך היזקקות לדיונים בכנסת עובר לאישורו. בפרק זה הצענו מבחני עזר ומודלים שעשויים לסייע לקביעת סבירותן של תקופות ההתקשרות וליציקת תוכן לחובת האמון המתחייבת.

לסיכום נאמר שאנו מקווים שחוק ההגנה על זכויות אמנים במוסיקה, אם יפורש ויבואר ברוח מה שמוצע בהארה זו, יסייע ליצירת מערכת יחסים הוגנת יותר בשוק המוזיקה, שתאפשר לכולנו (אמנים, אמרגנים ומאזינים), ליהנות מיצירה ישראלית מקורית, איכותית ומשובחת.

97 ראו למשל ס' 436 להצעת חוק דיני ממונות, לעיל ה"ש 59.