

מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי אריאל כץ*

במרבית מדינות העולם הזכות לביצוע פומבי של מוזיקה אינה מנוהלת על ידי בעלי הזכויות עצמם, אלא באמצעות תאגידי לניהול משותף. ההסבר השכיח לתופעה זו הוא שהיבטים אחדים בניהולן של זכויות ביצוע פומבי מהווים מונופולין טבעי. נטען לא אחת כי ניהול זכויות אלה בידי בעלי הזכויות היחידים אינו מעשי או למצער אינו כלכלי, וכי ניהול משותף הוא הדרך היעילה ביותר לרישוי הזכויות, ניטור הפרתן ואכיפתן. הואיל ונטען כי השוק הוא מונופול טבעי, נטייתן של מדינות רבות אינה לגסות ולקדם תחרות בתחום זה אלא להשליט משטר פיקוח על תאגידי לניהול משותף.

מאמר זה בוחן באופן ביקורתי הצדקה זו לקיומם של תאגידי לניהול משותף, ומראה כי חלק ניכר מהתועלת והיעילות המיוחסות לניהול המשותף מבוסס על הנחות פשטניות, תוך התעלמות מכך שניתן להשיג לעתים קרובות גם באמצעים אחרים שאינם מגבילים את התחרות באותה המידה. בנוסף טוען המאמר כי קיומן של טכנולוגיות חדשות: האינטרנט, טכנולוגיות של ניהול זכויות דיגיטלי, וטכנולוגיות ניטור מתקדמות, מערער עוד יותר את הצידוק לקיומם של תאגידי לניהול משותף. כמו כן נבחנים שני מודלים להסדרת פעילותם של תאגידי הניהול שהוצעו בעת האחרונה בישראל: מודל פיקוח במסגרתם של דיני ההגבלים העסקיים ומודל פיקוח באמצעות חקיקה ספציפית. בחינת המודלים מתמקדת בשני היבטים עיקריים: התמודדות עם ריסון כוח השוק של תאגידי הניהול, והיכולת לאפשר מעבר חלק יותר ממונופולין לשוק תחרותי.

* מרצה למשפטים (Assistant Professor) וראש הקתדרה לסחר אלקטרוני במרכז לחדשנות, משפט ומדיניות (Centre for Innovation Law and Policy) בפקולטה למשפטים, אוניברסיטת טורונטו, קנדה. חלק ממאמר זה פורסם ב- "The Potential Demise of Another Natural Monopoly: Rethinking the Collective Administration of Performing Rights", *J. Competition L. & Econ.* (2005) 541.
כל אתרי האינטרנט המאזכרים להלן נצפו באחרונה ביולי 2005 אלא אם כן נכתב אחרת.

א. מבוא. ב. ביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות – רקע משפטי ובלבלי. ג. ניהול משותף של זכויות יוצרים והאתגר לדיני ההגבלים העסקיים: 1. תאגידים לניהול משותף, נטל עורך והפליית מחיר; 2. ביצוע פומבי והפליית מחיר; 3. תאגידים לניהול משותף כמונופולים טבעיים. ד. ההצדקות לקיומם של תאגידים לניהול משותף: 1. צד ההיצע – יתרונות לגודל ומגוון בניהול, הרשאה ואכיפה של זכויות ביצוע פומבי; 2. ניהול משותף ותיאוריית הטרגדיה של המשאב המפוצל: א. השיר הבודד כמשאב מפוצל; ב. רשימות השמעה כמשאב מפוצל; ג. תוכן שהופק מראש – המוזיקה שבתכנית או בסרט כמשאב מפוצל ורישוי במקור; 3. צד הביקוש – הפחתת עלויות החיפוש וההתקשרות; 4. צד הביקוש – ניהול משותף ככלי למזעור הסיכונים הכרוכים בשימוש. ה. תאגידים לניהול משותף כמונופולין חשוב. ו. מה שוויון האמיתי של זכויות ביצוע פומבי? ז. ביצוע פומבי וטכנולוגיות מתקדמות: 1. האינטרנט; 2. ניהול זכויות דיגיטלי – DRM; 3. טכנולוגיות ניטור מתקדמות; 4. ניהול תחרותי מקוון של זכויות ביצוע פומבי. ח. ממונופולין לתחרות – האומנם? ט. מודלים להתמודדות עם אתגר הניהול המשותף בישראל – הגבלים עסקיים לעומת הסדרה בחקיקה: 1. מודל ההגבלים העסקיים; 2. מודל ההסדרה החקיקתית. י. סיכום ומסקנות.

א. מבוא

ניהולן המשותף של זכויות ביצוע פומבי של מוזיקה זכה באחרונה להתעניינות הולכת וגוברת בעולם המשפט הישראלי, ובמיוחד מנקודת המבט של דיני ההגבלים העסקיים. לפני כשנתיים נתן בית הדין להגבלים עסקיים את פסק דינו בעניין הפדרציה¹. עניינו של פסק הדין הוא בקשתן של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן: הפדרציה) ושל הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (להלן: הפי"ל) לקבל את אישורו של בית הדין להגבלים עסקיים לפעילותן. הפדרציה והפי"ל הן תאגידים שחבריהם הם חברות העוסקות בהפקת תקליטים. לחברות התקליטים הזכות הבלעדית להתיר את השמעתן הפומבית של היצירות המוזיקליות שעל גבי התקליטים מכוח סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים,² אולם בדרך כלל ניהול זכויות הביצוע הפומבי אינו נעשה על ידי החברות עצמן, אלא באמצעות תאגיד – הפדרציה או הפי"ל, לפי העניין – אשר מנהל עבורן במרכז את זכויותיהן: מעניק רישיונות למשתמשים שונים לביצוע פומבי של היצירות, גובה עבור חברות התקליטים את התמלוגים עבור ביצועים אלה, אוסף את זכויות היוצרים

1. ה"ע 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם) (להלן: עניין הפדרציה).
2. חוק זכות יוצרים, 1911, ח"א"ג, 2633.

כלפי מפרים, ומחלק את התגמולים בין חברי התאגיד.³ בית הדין קבע כי פעילותן של הפדרציה והפי"ל כרוכה בהסדרים כובלים בין חברות התקליטים.⁴ עוד קבע בית הדין כי הסדרים כובלים אלה הקנו לחברות התקליטים כוח שוק, וכי הפדרציה הנה בעלת מונופולין.⁵ עם זאת, מצא בית הדין כי יש לאשר את ההסדרים, שכן התועלת לציבור הנובעת מקיומם של ההסדרים עולה על הנזק הצפוי מהם. גישה זו, המכירה בתועלת הצומחת מן הניהול המשותף על אף פגיעתו בתחרות, שאת הדיה ניתן למצוא גם בקביעתו של הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אקו"ם, שפורסמה כחודש לפני מתן פסק דינו של בית הדין בעניין הפדרציה,⁶ אינה ייחודית לדיני ההגבלים העסקיים בישראל. ביטוי מובהק לה מצוי בפסק דין שנתן לפני כרבע מאה בית המשפט העליון של ארצות הברית – בעניין *BMI*.⁷ פסק דין זה נחשב מאז למופת של יישום מוצלח של עקרונות כלכליים במשפט, כדוגמה למשפטנות המבוססת על מציאות כלכלית ולא על דוקטרינה שיפוטית נוקשה. הצדדים בעניין *BMI* היו שני תאגידי לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי של מוזיקה, ASCAP ו-*BMI*⁸ מצד אחד, ותאגיד השידור CBS מן הצד השני. השאלה שבמחלוקת הייתה אם מתן רישיון גורף לביצוע פומבי (blanket license) הוא פרקטיקה של תיאום מחירים האסור כשהוא לעצמו (per se unlawful) לפי דיני ההגבלים העסקיים.⁹ בית המשפט השיב על שאלה זו בשלילה, בית המשפט הכיר בכך שלקיומם של תאגידי לניהול משותף ולפרקטיקה של מתן רישיונות גורפים יתרונות רבים של יעילות ולכן ראוי יותר לדון בחוקיותם לפי כלל הסבירות (rule of reason). טכנית, פסיקתו של בית המשפט מצומצמת הייתה לקביעה שהפרקטיקה הנדונה אינה בלתי חוקית כשהיא לעצמה; בית המשפט נמנע מלקבוע באופן פוזיטיבי שמדובר בפרקטיקה חוקית והותיר זאת לדיון מאוחר יותר על ידי הערכאה הנמוכה שאליה הוחזר הדיון, אולם דעת הרוב, אשר הדגישה את היתרונות שבניהול המשותף ובמתן הרישיון הגורף, אינה מותירה ספק כי בית המשפט אכן מצדד

3. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקאות 2-3.
4. שם, בפסקאות 21 ו-49.
5. שם, בפסקאות 58-64.
6. קביעה לפי סעיף 43(א1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128, בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (קביעה מיום 30.3.2004 – עותק מן ההחלטה שמור במערכת). גם אקו"ם, בדומה לפדרציות, הוא תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, אלא שהוא מנהל את זכויותיהם של מחברים ומו"לים, בעוד הפדרציה מנהלת את זכויותיהם של מפיקי תקליטים.
7. *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting Systems, Inc.* 441 U. S. 1 (1979) (להלן: עניין *BMI*).
8. American Society of Composers, Authors and Publishers v. Broadcast Music Inc., בהתאמה.
9. עניין *BMI* (לעיל, הערה 7), בעמ' 4.

בקיומו של ניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי ולפיכך פסק הדין מצוטט לעתים קרובות כדוגמה להסדר בין מתחרים שהוא פרו־תחרותי ומגביר תפוקה.¹⁰ ההסבר השכיח לקיומם של תאגידים לניהול משותף הוא שניהול זכויות הביצוע הפומבי על ידי היוצר הבודד הוא בלתי מעשי, או למצער לא כלכלי,¹¹ וכי הניהול המשותף, באמצעות תאגיד יחיד, הוא הדרך היעילה ביותר להענקת רישיונות, לניטור הפרות ולאכיפת זכויות היוצרים. כיוון שכך, יוצאת נשכרת החברה בכללותה, ולא רק בעלי הזכויות, מקיומו של ספק יחיד. במילים אחרות, ההסבר וההצדקה השכיחים לקיומם של תאגידים לניהול משותף הוא ששוק זכויות הביצוע הפומבי הוא מונופולין טבעי ומשום כך מוטב למדינה שלא לנסות ולקדם תחרות בתחום זה, אלא להשלים עם קיומם של תאגידים אלה תוך הסדרת פעילותם באופן שירסן את כוחם המונופוליסטי וימנע ככל הניתן את ניצולו לרעה.¹²

מטרתו של מאמר זה היא לנתח באופן ביקורתי את הטענות בדבר קיומו של מונופולין טבעי. אטען כי ההצדקה לקיומם של תאגידים לניהול משותף אינה כה ברורה כפי שמקובל להניח. אראה כי חלק ניכר מהטענות בדבר היעילות הכרוכה בניהול משותף הן הנחות בלבד וכי במקרים רבים ניתן היה להשיג יעילות לא פחותה גם באמצעים תחרותיים יותר. בנוסף אטען כי גם אם ניתן היה לראות בשוק זכויות הביצוע הפומבי (או בהיבטים מסוימים שלו) מונופולין טבעי בעבר, הרי שינויים טכנולוגיים עכשוויים – האינטרנט, טכנולוגיות של ניהול זכויות דיגיטלי¹³ ומעקב ממוחשב אחר שידורים – מאפשרים ניהול זכויות מקוון באופן המקקע עוד יותר את הטענות בדבר קיומו של מונופולין טבעי.

שורשי התעניינותי בנושא ניהולן המשותף של זכויות היוצרים נעוצים בתקופת עבודתי ברשות ההגבלים העסקיים. באותה תקופה ריכזתי את הטיפול בתלונות שהחלו להצטבר על תאגיד הניהול המשותף – הפרדציה, הפי"ל ואקו"ם. הייתי אחראי, במידה רבה, לניסוח התנאים לפעולת הפרדציה והפי"ל, שעליהם המליץ הממונה לבית הדין ובית הדין קיבל, וכן ייצגתי את הממונה במרבית שלביו של ההליך בבית הדין להגבלים עסקיים, הליך

10. ראו, למשל: *National Collegiate Athletic Ass'n v. Board of Regents of University of Oklahoma* 468 U. S. 85 (1984) 103 ("Broadcast Music squarely holds that a joint selling arrangement may be so efficient that it will increase sellers' aggregate output and thus be procompetitive"); Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy* (1999) 210-212 (המציין שהרישיון הגורף שמגפיקה BMI הוא "a dramatic example of a market facilitating agreement") Richard A. Posner, *Antitrust Law* (2001) 30. (המסווג תאגידים לניהול משותף כקרטל "מועיל").

11. רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625 (להלן: עניין גלי צה"ל), בפסקה 6.

12. רעיון זה עומד בבסיס הצעת החוק שהגישה ממשלת ישראל להסדרת סכסוכים בענייני תגמולים בין תאגידים לניהול משותף ובין משתמשים שונים. הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), תשס"א-2001, ה"ח 548.

13. Digital Rights Management (DRM).

שבסופו קיבל בית הדין את עיקר טענותיו של הממונה. בית הדין השתכנע כי ניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי הוא כורח המציאות וקיבל את העמדה כי בכפוף לתנאים שירסגו את כוח השוק של הפדרציות, יש לאשר את ההסדרים הכובלים.

בחלקיו הבאים של המאמר בכוונתי להטיל ספק בחלק מן המסקנות שאליהן הגיע בית הדין, כך שבמידה רבה אני עומד לנתח באופן ביקורתי את העמדה שבה החוקתי עד לא מכבר. ספק זה הוא פרי המחשבה שהקדשתי לנושא בתקופה שלאחר פרישתי מן הרשות. כוונתי המקורית הייתה לבחון את ההשפעה של שינויים טכנולוגיים אפשריים על ההצדקה לקיומם של תאגידי לניהול משותף, ביקשתי לבחון אם וכיצד האינטרנט וטכנולוגיות נוספות משפיעים על ההצדקות השונות לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי. הנחת המוצא שלי הייתה כי בטכנולוגיה הקיימת, או למצער בזו שהייתה קיימת עד כה, ניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי הוא אכן מוצדק. אולם בחינת השפעת השינויים הטכנולוגיים על ההצדקות השונות חייבה אותי לבחון טוב יותר את ההצדקות עצמן וככל שהעמקתי בהן, כך השתכנעתי כי רבות מהן מבוססות על הנחות שאינן מוכחות, על הנחות לא בהכרח נכונות, ולעתים אף על הנחות שגויות. בהתבסס על אותן הנחות, המסקנות של בית הדין הן המסקנות הנכונות, ניתוחו ראוי והנמקותיו תקפות. בית הדין ביצע את עבודתו נאמנה גם בשים לב לכך שעל הנחות המוצא, שבנוגע לחלקן נהפכתי לספקן, איש לא חלק לפניו. יתרה מזו, אפילו הייתה מתעוררת מחלוקת לפני בית הדין בנוגע לחלק מן ההנחות, ספק בעיני אם יכול היה בית הדין להגיע לכלל מסקנות אחרות לאור האמור בספרות ובפסיקה המשווה, אשר רובן ככולן מושפעות מאותן הנחות בעייתיות. מטרתו אפוא היא לשכנע את הקוראים להטיל ספק באמיתותן של חלק מן ההנחות ולהצביע על חלופות אשר לרוב אינן נשקלות. תקוותי היא כי ניסיון זה יעשיר את הדיון בנושא, ויזין את המתדיינים לפני בית הדין או את קובעי המדיניות האחרים כשיעסקו בנושאים אלה בעתיד. גם אם האמור במאמר זה אינו מהווה הוכחה ניצחת כי אין הצדקה לקיומם של תאגידי לניהול משותף, המאמר מתווה דרך לבחינת ההצדקה לקיומם, במובן זה שהוא ממקד את הדיון בסוג השאלות ובסוג התשובות, התיאורטיות והאמפיריות, שעליהן יש להשיב כדי להצדיק את הניהול המשותף. נקודת המוצא של מאמר זה היא שבדרך כלל שוק תחרותי עדיף משוק שנעדרת ממנו תחרות, וכי יש מקום להסדרים מונופוליסטיים – גם אם הם כפופים לפיקוח – רק כאשר שוק תחרותי אינו יכול להתקיים באופן יעיל. לפי השקפה זו מוטל נטל השכנוע להצדקת קיומם של תאגידי לניהול משותף על המצדדים באימוצו של מנגנון מונופוליסטי, וברירת המחל של המדיניות הציבורית הראויה צריכה להיות, בהיעדר נימוק משכנע אחר, לתת עדיפות לקיומו של שוק תחרותי.¹⁴

14. אין זה, כמובן, ההשקפה האפשרית היחידה. כך, למשל, ניתן לטעון כי גם אם ניהול משותף אינו הכרחי, אין בו כל פסול הואיל והרווח, שמקורו במחירים הגבוהים הנגבים בהיעדר תחרות, מהווה תמריץ ליצירה. הקושי העיקרי הנעוץ בטיעון שכזה בהקשר הנוכחי הוא שניתן באמצעותו להצדיק כל הסדר כובל וכל התנהגות מונופוליסטית של בעלי זכויות יוצרים, ואין בכוחו להסביר מדוע ניהול משותף הוא ראוי, בעוד קרטלים אחרים אינם ראויים. נקודת המוצא המעדיפה את קיומם של שווקים תחרותיים כברירת מחל אינה שוללת, עקרונית,

מבנה המאמר הוא כדלהלן: חלק ב יסקור את הרקע המשפטי והכלכלי הרלוונטי לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות ולניהול משותף של זכויות אלה. חלק ג יפרט את האתגר שמציב הניהול המשותף לדיני התחרות. חלק זה יסקור בקצרה, ובהקשר של הניהול המשותף, את הבעייתיות שבקיומם של הסדרים מונופוליסטיים, את ההתייחסות למקרים שבהם מתקיימת הפליית מחיר על ידי בעל מונופולין ואת ההתייחסות למצב שבו מתקיים מונופולין טבעי. חלק ד יציג את ההצדקות המקובלות, הן מצד ההיצע והן מצד הביקוש, לקשיים שמעורר הניהול המשותף תוך בחינה ביקורתית שלהן וימחיש מדוע רבות מן ההצדקות הניתנות לניהול המשותף אינן תקפות. חלק ה ידון בסוגיה קונקרטית הקשורה להסדרת פעילותם של תאגידי לניהול משותף ויבחן באיזו מידה אפקטיבית הדרישה כי חברי תאגידי הניהול יהיו רשאים להתקשר בהסכמים פרטניים עם משתמשים, לצורך ריסון כוח השוק של תאגידי הניהול. דרישה זו מהווה נדבך מרכזי בפיקוח על תאגידי לניהול משותף הן בארצות הברית והן בישראל, אולם כפי שאראה בחלק זה, ההנחה כי בכוחה לרסן בצורה משמעותית את כוח השוק שבידי תאגידי הניהול לוקה באופטימיות ייתר. חלק ו יוקדש לסוגיה שעד כה לא זכתה להתייחסות מספקת במסגרת הדיון בניהול המשותף והיא תרומתם של ביצועים פומביים (בעיקר שידור) להגברת המכירות של תקליטים וקשרי הגומלין בין הניהול המשותף ובין תופעת ה-payola, תשלומים שמשלמים בעלי הזכויות למשרדים לצורך הגדלת תדירות השמעתם של השירים שלהם, ויראה כי תופעה זו היא במידה רבה תוצר לוואי של הניהול המשותף. בעוד חלקים ד עד ו מתמקדים בניהול המשותף בהקשרן של טכנולוגיות ההפצה, הרישוי, הניטור והאכיפה שהיו קיימות עד כה, חלק ז וחלק ח ידונו בשאלת מידת השפעתן של טכנולוגיות חדשות על מאפייני השוק. חלק ז יראה כי עקב שינויים טכנולוגיים אלה, ההצדקה לקיומו של הניהול המשותף מתערערת עוד יותר, וכי קיימת אפשרות סבירה ששינויים טכנולוגיים אלה יתנו מענה על מרבית הקשיים (במידה שאכן קיימים) שאותם מתיימרים תאגידי הניהול לפתור, ואילו חלק ח ינסה לנבא, בהנחה שקיומו של שוק תחרותי לזכויות ביצוע פומבי הוא אפשרי, אם שינוי שכזה יתחולל מעצמו או שמא יהיה צורך בהתערבות רגולטורית או חקיקתית לצורך קידום שינוי זה. סופו של המאמר ימקד את המבט במציאות המשפטית הישראלית וידון במדיניות שיש לנקוט כדי להתמודד עם האתגר שמציבים תאגידי לניהול משותף. חלק זה ינקוט גישה יישומית יותר ויבחן את שני המודלים להסדרת פעילותם של תאגידי הניהול שהוצעו באחרונה בישראל: מודל הפיקוח על פי דיני ההגבלים העסקיים ומודל הפיקוח באמצעות חקיקה ספציפית. הבחינה תתמקד בשני היבטים עיקריים: האחד, המניח שניהול משותף הוא כורח, יברר איזה מן המודלים מתמודד טוב יותר עם ריסון כוח השוק של תאגידי הניהול, והשני, המניח שהטכנולוגיה תאפשר להשתחרר מכורח הניהול המשותף,

את האפשרות כי ייתכנו שיקולים אחרים, כגון שיקולים חלוקתיים מן הסוג שעליו עומד גיא פסח במאמרו שבחוברת זו, שיצדיקו, כעניין של מדיניות ציבורית, סטייה מברירת המחלף התחרותית (ראו, גיא פסח, "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות", דין ודברים ב (תשס"ו) 261. השאלה אם שיקולים אלה אכן מצדיקים סטייה שכזו חורגת מגדרו של מאמר זה.

יברר איזה מן המודלים מאפשר מעבר חלק יותר ממונופולין לשוק תחרותי. חלק י יסכם את הדברים.

ב. ביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות – רקע משפטי וכלכלי

דיני זכויות היוצרים בישראל, בדומה לדינים במדינות רבות אחרות, קובעים כי לא ניתן לבצע בפומבי מוזיקה המוגנת בזכות יוצרים בלא הסכמתו של בעל זכות היוצרים.¹⁵ הציפייה היא כי לרוב תינתן הסכמה של בעל הזכויות בתמורה לתשלום תמלוגים. במקרה של ביצוע פומבי של מוזיקה המוקלטת על רשומת קול נדרש במדינות רבות, נוסף על רישיון מאת מחברי הלחן והמילים, גם רישיון של מפיק רשומת הקול¹⁶ ובנסיבות מסוימות המבצע הפומבי יצטרך לשלם גם תמלוגים למבצעים.¹⁷

קריאת הטקסט החקוק כפשוטו עשויה ליצור רושם כי מבצעים בפומבי (להלן: משתמשים) נושאים ונותנים עם בעלי הזכויות השונים כדי לקבל מהם רישיון כגדרש. בפועל, הסכמים בין משתמשים ובין בעלי הזכויות היחידים הם נדירים. בדרך כלל המשתמשים נושאים ונותנים, מקבלים רישיונות ומשלמים תמלוגים לתאגידים לניהול משותף הפועלים בשמם של בעלי זכויות רבים, לרוב בשמם של כלל בעלי הזכויות במדינה או מרביתם.¹⁸ בנוסף, בדרך כלל אין התאגידים מעניקים רישיון לכל יצירה ויצירה, שאותה מבקש המשתמש לבצע בפומבי, אלא מעניקים רישיון גורף שמאפשר למשתמש לבצע את כלל היצירות שברפרטואר של התאגיד בלא הגבלה של מספר היצירות שיושמעו או של עיתוי ההשמעה.

קיומם של תאגידים לניהול משותף וכן הפרקטיקה של מתן רישיונות גורפים בלבד הציבו בפני רשויות הגבלים עסקיים וקובעי מדיניות אחרים ברחבי העולם אתגר מיוחד. מצד אחד, עקב קיומם של תאגידים לניהול משותף מחוסלת תחרות המחיר בין בעלי הזכויות השונים ובמקום שוק תחרותי מתקיים שוק ובו מוכר יחיד – מונופולין. מונופולין זה יכול לנצל את כוח השוק שבידו כלפי המשתמשים ולקבוע את המחיר שיידרש עבור

15. סעיפים 1(2), 2(2)(ג) ו-1(2)(ד) לחוק זכות יוצרים; סעיף 3(1) לפקודת זכות יוצרים, 1924, ח"א"י (א), 364.

16. סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים.

17. סעיפים 2(3) ו-3 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, ס"ח 157.

18. חריג בולט הוא ארצות הברית שבה פועלים זה לצד זה שני תאגידים עיקריים, ASCAP ו-BMI, ונוסף עליהם SESAC הקטן בהרבה. לרוב, שיר מסוים יהיה מצוי אך ורק ברפרטואר של תאגיד אחד. החריג הוא מצבים של רישום צולב (cross registration) המתקיים כאשר יוצר הקשור לתאגיד אחד משתף פעולה עם יוצר הקשור לתאגיד אחר. ראו: Al Kohn and Bob Kohn, *Kohn, Kohn on Music Licensing* (2002) 914. חריג נוסף הוא ישראל שבה פועלים שני תאגידים המייצגים מפיקים של רשומות קול: הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, הוותיק והגדול מבין השניים, והפדרציה הישראלית למוזיקה יס-תיכונית. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקאות 6-7.

רישיון באופן שימקסם את רווחיו בלי שיהיה נתון ללחצים תחרותיים ממשיים. בנוסף, יכולים התאגידים לנצל את כוח השוק שלהם כלפי חבריהם התלויים בהם ולהטיל על החברים הגבלות לא סבירות¹⁹ או להפלות לרעה חברים או יוצרים מסוימים.²⁰ מצד אחר, נודעים יתרונות משמעותיים לגודל ולמגוון שבניהול זכויות ביצוע פומבי, רישיון ואכיפתן ועל כן תאגידים לניהול משותף נתפשים כמכשיר היוני לפעולות אלה. לדוגמה, על פי הארגון העולמי לקניין רוחני (WIPO) תחנת טלוויזיה משדרת בממוצע כ-60,000 יצירות מוזיקליות בשנה, כך שבהיעדר ניהול משותף היה לכאורה צריך לנהל משא ומתן עם אלפי בעלי זכויות.²¹ תחנות רדיו רבות משדרות מספר רב עוד יותר של יצירות. גם אם אין זה בלתי מעשי לחלוטין, נראה כי העלות הכרוכה בהתקשרות פרטנית עם מספר כה רב של בעלי זכויות עשויה לעלות בהרבה על ערך השמעתן של יצירות רבות ובמצב שכזה תושמענה פחות יצירות. בנוסף, מאחר שבמקרים רבים זכויות היוצרים ביצירה נמצאות בבעלות של יותר מבעל זכויות אחד, ניהול משותף פותר בעיות אפשריות של סחטנות מצד אחד (או יותר) מן הבעלים המשותפים. שיקולים מנוגדים אלה, החשש מקיומו של כוח מונופוליסטי מחד גיסא, והיתרונות הגלומים בניהול משותף מאידך גיסא, הביאו

19. פסק הדין של בית הדין האירופי לצדק ב: *Case 127/73 Belgische Radio en Televisie v. Societe Belge des Auteurs, Compositeurs et Editeurs (S. A. B. A. M.)*. [1974] 2 C. M. L. R. 238 (E. C. J.) ונקבע כי תאגיד לניהול משותף עשוי לנצל לרעה את מעמדו הדומיננטי כאשר הוא מטיל על חבריו הגבלות שאינן נחוצות לחלוטין להשגת מטרותיו ופוגעות באופן לא הוגן ביכולתם של חבריו ליהנות מזכות היוצרים שלהם.
20. כפי שנמסר לי משיחות עם מנהלי הפי"ל, התסבר העיקרי להקמת הפי"ל כתאגיד ניהול נפרד מהפדרציה הוא סירובן של חברות התקליטים, חברות הפדרציה, בשנים שקדמו להקמת הפי"ל, לקבל לשורותיהן את מפיקי המוזיקה הים תיכונית אשר נתפסה בעיניהן כמוזיקה נחותה. להסבר סוציולוגי זה עשוי להתלוות הסבר נוסף, כלכלי במהותו, והוא שמשקיים תאגיד לניהול משותף, שבידו רפרטואר רחב דיו, התמריץ שלו לקבל חברים נוספים עשוי להיות קטן שכן קבלת החברים החדשים לא תגדיל בהכרח את שיעור התמלוגים שהוא יוכל לגבות, אולם תאלץ את החברים הקיימים לחלוק את אותה עוגת תמלוגים עם בעלי זכויות נוספים ובאופן זה תפחית את התמלוגים שישולמו לחברים הקיימים. אסטרטגיה זו תשתלם כל עוד מספר היוצרים שנותר מחוץ לתאגיד קטן דיו כדי שלא יהיה בכוחו להקים תאגיד נפרד אשר עשוי לנגוס בשיעור התמלוגים שיקבל התאגיד הראשון. ראו: Stanley M. Besen, Sheila M. Kirby and Steven C. Salop, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", *78 Va. L. R.* (1992) 383, pp. 400-402.
- דוגמה קיצונית להפלייתם של יוצרים בידי תאגיד ניהול היא כללים שקבע תאגיד הניהול הצרפתי SACEM בזמן מלחמת העולם השנייה תחת שלטון וישי אשר מנעו מיוצרים יהודים לקבל מהתאגיד את התמלוגים שהיו זכאים להם. Emmanuel Legrand, *Handling of Jewish Assets Investigated, Billboard* (1999) 8.
21. World Intellectual Property Organization (WIPO) "Collective Management of Copyright and Related Rights" [URL: http://www.wipo.int/about-ip/en/about_collective_mngt.html]

מדינות רבות לידי אימוץ של מודל הניהול המשותף, אך בה בעת לידי הטלת פיקוח על התאגידים. פיקוח שכזה יכול להיעשות באמצעות חקיקה ספציפית, באמצעות אכיפה של דיני ההגבלים העסקיים או באמצעות שילוב של שניהם.²²

בארצות הברית דיני ההגבלים העסקיים הם הכלי העיקרי לפיקוח על פעולתם של תאגידים לניהול משותף ופעולותיהם של שני התאגידים העיקריים, ASCAP ו-BMI, כפופות לצווים שיפוטיים מוסכמים (consent decrees) שתוכנם גובש בעקבות תביעות הגבלים עסקיים שהגישה חטיבת ההגבלים העסקיים במשרד המשפטים.²³ פעולותיהם של שני התאגידים היו גם נושא למספר לא מועט של תביעות הגבלים עסקיים פרטיות. מבין תביעות פרטיות אלה, פסק הדין המוכר ביותר הוא בעניין BMI.²⁴ פסק דין זה, שבו נקבע כי הפרקטיקה של מתן רישיונות גורפים על ידי התאגידים אינה בלתי חוקית כשהיא לעצמה, מצוטט לרוב כמופת ליישום של עקרונות כלכליים במשפט בכלל ובנקודת הממשק של דיני ההגבלים העסקיים ודיני הקניין הרוחני בפרט.²⁵

בקנדה חוק זכויות היוצרים הוא הכלי העיקרי להסדרת פעילותם של תאגידים לניהול משותף ולדיני ההגבלים העסקיים אין תפקיד ממשי בכך. חוק זכויות היוצרים הקנדי מסמך את בית הדין לזכויות יוצרים לפקח על התנאים והתעריפים שקובעים התאגידים וכן לקבוע את שיעור התמלוגים שישולם במקרים ספציפיים שבהם התאגיד והמשתמש אינם מגיעים

22. לסקירה השוואתית של משטרי הפיקוח במדינות שונות, ראו: Daniel J. Gervais, "Collective Management of Copyright and Neighbouring Rights in Canada: An International Perspective", 1 *Can. J. L. & Tec.* (2002) 21.
23. ההליכים המשפטיים נגד ASCAP החלו ב-1934 בתביעה פלילית. בשלב מאוחר יותר עוכב ההליך הפלילי ולא חודש. ב-1941 הגישה חטיבת ההגבלים העסקיים תביעה אורחית שיושבה בצו המוסכם הראשון שהסדיר את פעילותה של ASCAP: *U. S. v. ASCAP, 1941-1943 Trade Cas. (CCH) ¶ 56,104 (S. D. N. Y. 1941)*; *U. S. v. ASCAP, 1950-1951 Trade Cas. (CCH) ¶ 62,595 (S. D. N. Y. 1950)*; *U. S. v. ASCAP, 1960-Trade Cas. (CCH) ¶ 69,612 (S. D. N. Y. 1960)*; *U. S. v. ASCAP, 2001 WL 1589999 (S. D. N. Y. 2001)*. (להלן: הצו האחרון בעניין ASCAP).
- הצו המוסכם הראשון שהסדיר את פעילותה של BMI ניתן ב-1941: *U. S. v. BMI, 1940-1943 Trade Cas. (CCH) ¶ 56,096 (E. D. Wis. 1941)*; *U. S. v. BMI, 1966 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,947 (S. D. N. Y. 1966)*; *U. S. v. BMI, 1994-1 Trade Cas. (CCH) ¶ 71,378 (S.D.N.Y. 1994)*.
24. עניין BMI (לעיל, הערה 7).
25. למשל: William M. Landes and Richard A. Posner, *The Economic Structure of Intellectual Property Law* (2003) 386; Willard K. Tom and Joshua A. Newberg, "Antitrust and Intellectual Property: From Separate Spheres to Unified Field", 66 *Antitrust L. J.* (1997) 167; William M. Landes, "Harm to Competition: Cartels, Mergers and Joint Ventures", 52 *Antitrust L. J.* (1983) 625.

לכלל הסכמה.²⁶ ההסדר המפורט שנקבע בחקיקה הוביל את בית המשפט, לפחות במקרה אחד, לקבוע כי פעילותם של התאגידים חסינה מפני דיני הגבלים העסקיים על פי הגנת התעשייה המוסדרת (Regulated Industry Defense).²⁷

באיחוד האירופי קבע בית הדין האירופי לצדק כי תאגידים לניהול משותף כפופים לדיני התחרות של האיחוד ובמיוחד לאיסור לנצל לרעה את המעמד הדומיננטי הקבוע בסעיף 82 לאמנת רומא.²⁸ עם זאת, נראה כי בפועל לפסיקה זו אין השפעה ממשית על תפקודם של התאגידים האירופיים לניהול משותף.²⁹ בבריטניה בחנה נציבות המיזוגים והמונופולים (Mergers and Monopolies Commission) את פעולותיהם של תאגידים לניהול משותף ופרסמה שני דוחות ובהם המלצות לרפורמה חקיקתית.³⁰ באירלנד אישרה רשות התחרות לפני שנים אחדות את פעולותיהם של כמה תאגידים לניהול משותף.³¹ באוסטרליה כפה בית הדין לתחרות שינויים אחדים בדרכי פעולתו של תאגיד הניהול המשותף APRA.³² בישראל, כאמור, קבע בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפדרציה כי פעילותם של התאגידים לניהול משותף הנה הסדר כובל,³³ וכי פעילותם של התאגידים אינה פטורה מעולם של דיני ההגבלים העסקיים.³⁴ בית הדין אישר את המשך פעילותן של הפדרציה והפ"ל בתנאים שונים, שעיקר תכליתם להקנות את החשש התחרותי הנובע מפעילותן זו.³⁵ בד בבד עם ההליכים שהתנהלו כנגד תאגידים אלה, ולאחר שהסתיימו,

26. Gervais (לעיל, הערה 22).

27. חלק 12.2 להלן.

28. למשל: *Ministere Public v. Jean Louis Turnier*, [1991] 4 C.M.L.R. 248 (1989).

29. Gervais (לעיל, הערה 22), בעמ' 32.

30. Monopolies and Mergers Commission, *Collective Licensing – A Report on Certain Practices in the Collective Licensing of Public Performance and Broadcasting Rights in Sound Recordings* (1988). Monopolies and Mergers Commission, *Performing Rights – A Report on the Supply in the UK of the Services of Administering Performing Rights and Film Synchronization Rights* (1996).

31. לדוגמה: *Competition Authority Decision of 21 December 1995 relating to a proceeding under Section 4 of the Competition Act, 1991*, Notification No. CA/3/91E – Irish Music Rights Organization Ltd./Public Performance Users (Decision No. 457, 1995). כן, ראו: *Competition Authority Decision relating to a proceeding under Section 4 of the Competition Act, 1991*, Notification No. CA 1048-1050/92E, CA/26/96 – Phonographic Performance (Ireland) Ltd./Various Agreements, Decision No. 580, 2000.

32. *Re Australian Performing Right Association Ltd.* ACompT 3 (interim Decision) (1999); *Re Applications by Australian Performing Right Association Ltd.* 2001 WL 762285 (2000).

33. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 49.

34. שם, בפסקה 20.

35. להלן, הערות 177-179 והטקסט הנלווה.

נדונו יוזמות שונות להסדיר בחקיקה את אופן קביעת שיעורי התמלוגים שיגבו גופים אלה מן המשתמשים השונים.³⁶ לפני כשנה קבע הממונה על הגבלים עסקיים כי פעילותה של אקו"ם כרוכה בהסדרים כובלים, אינה חוסה בצל הפטור הסטטוטורי הקבוע בסעיף 3(2) לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, והכריז כי אקו"ם הנה בעלת מונופולין בניהול זכויות השידור של יצירות מוזיקליות, הביצוע הפומבי, ההעתקה, ההקלטה והסינכרוניזציה שלהן.³⁷ מלבד הערר על קביעת הממונה ועל ההכרזה, שעודנו תלוי ועומד, הגישה אקו"ם בקשה לאישור הסדר כובל. בהליך זה נתן באחרונה בית הדין להגבלים עסקיים לאקו"ם היתר זמני להמשיך בפעילותה בתנאים שונים, שעליהם המליץ הממונה, ושעניינם, בין השאר, הסדרה של דמי השימוש המשולמים לאקו"ם.³⁸

ג. ניהול משותף של זכויות יוצרים והאתגר לדיני ההגבלים העסקיים

ניהול משותף של זכויות יוצרים עשוי להתנגש בעקרונות דיני ההגבלים העסקיים בשני אופנים קשורים. תאגיד ניהול משותף יכול להיראות כהסדר כובל קרטליסטי טיפוסי, כלומר כמיום משותף אופקי של בעלי זכויות היוצרים, אשר יוצרים נציגות מכירות משותפת ומחלקים ביניהם את התקבולים תוך מניעה של כל תחרות בנוגע למחיר – סימן ההיכר של קרטל מוצלח.³⁹ עקב קיומו של קרטל זה, ובמיוחד כאשר הרפרטואר המיוצג על ידי התאגיד הוא נרחב (כפי שקורה לרוב), נוצרת ישות מונופוליסטית, ומתעורר החשש כי בידי התאגיד יהיה כוח שוק ניכר שאותו יוכל לנצל כדי לדרוש תמלוגים בשיעור על-תחרותי, או לנצל לרעה את כוחו באופנים אחרים.⁴⁰ מנגד, כאמור, מקובל להגיה כי ניהול משותף הוא כורה, אשר בלעדיו לא ניתן יהיה לנהל בצורה יעילה את זכויות הביצוע

36. הצעת חוק לחיקוק פקודת זכות יוצרים (שיפוט בענייני תמלוגים), תשס"א-2001, ניתן לצפייה ב-http://www.knesset.gov.il/privatclaw/plaw_display.asp [URL], הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים); פרוטוקול מס' 2 משיבת ועדת המשנה של ועדת הכלכלה לעניין הישוב התמלוגים לבעלי זכויות יוצרים ומבצעים (19.10.2004), <http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2004-10-19.html> [URL]

37. קביעת הממונה (לעיל, הערה 6).

38. ראו סעיף 5.1 לתנאים להיתר הזמני שהעניק בית הדין להגבלים עסקיים לאקו"ם להמשיך ולפעול בזמן שעררה על קביעת הממונה תלוי ועומד – בש"א 48/04 אקו"ם – אגודת קומפוזיטורים מחברים ומוזילים בישראל נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (טרם פורסם, ניתן ביום 28.12.2004) (להלן: עניין אקו"ם).

39. Posner ו-1 Landes (לעיל, הערה 25), בעמ' 632.

40. ההבחנה בין קרטל למונופולין בהקשר זה היא מלאכותית במידת מה, שכן הקרטל, בהווייתו, הוא ישות מונופוליסטית ומאפשר לחבריו לגבות מחיר על-תחרותי. עם זאת, להבחנה יכולות להיות השלכות משפטיות. למשל, אם קיומו של תאגיד הניהול מאושר בחיקוק, הרי קיומו ופעולותיו עשויים להיות חסינים מפני הוראות החוק העוסקות בהסדרים כובלים, אך עדיין כפופים להוראות החוק העוסקות במונופולין.

הפומבי. בהיעדרו תיגרם הן פגיעה ביוצרים והן פגיעה במשתמשים אשר יתקשו להשיג רישיונות כמתחייב מן הדין.

1. תאגידים לניהול משותף, נטל עודף והפליית מחיר

הדאגה הכלכלית העיקרית הנובעת מקיומו של מונופולין היא מקיומו של נטל עודף (deadweight loss) הנוצר כאשר המחירים שקובע בעל המונופולין גבוהים מן העלות השולית. כאשר בעל המונופולין מצמצם תפוקה ומוכר את המוצר במחיר העולה על העלות השולית, אותם צרכנים אשר היו מוכנים לשאת בעלות המוצר, אך אינם מוכנים לשלם את המחיר שקובע בעל המונופולין, נפלטים מן השוק. במקרה זה נוצר נטל עודף מכיוון שעסקאות שיש להן ערך חברתי חיובי (עסקאות שהתועלת הצומחת מהן עולה על העלות הכרוכה בהן) אינן מתממשות, אף שניתן היה עקרונית לממשן. בנוסף, לעומת תמחור תחרותי כרוך התמחור המונופוליסטי בהעברת עושר מן הצרכנים אל בעל המונופולין. עם זאת, השאלה, אם עניינם של דיגי ההגבלים העסקיים הוא אך ורק בחוסר היעילות הנוצר בשל קיומו של המונופולין (הנטל העודף) או שמא עניינם גם בשאלה החלוקתית, היא שאלה פתוחה.⁴¹

תיאור זה של החשש הנלווה לקיומו של מונופולין חל כאשר בעל המונופולין גובה מחיר אחד מכל הצרכנים, אך כאשר בעל המונופולין יכול לגבות מן הצרכנים מחירים שונים בהתאם לטעמיהם, העדפותיהם ונכונותם לשלם, השלכות התמחור המונופוליסטי אינן כה ברורות, הן מבחינת היעילות והן מהבחינה החלוקתית. כאשר בעל המונופולין יכול לגבות מצרכנים שונים מחיר שונה – לעסוק במה שמכונה בכלכלה "הפליית מחיר" – ביכולתו לגבות יותר מצרכנים שיש להם עניין רב במוצר ולגבות פחות מצרכנים שעניינם במוצר מועט יותר. בחלק מן המקרים שבהם מתקיימת הפליית מחיר, התפוקה תהיה גבוהה יותר (לעומת תמחור אחיד), שכן אותם צרכנים, שנפלטו מן השוק, שבים אליו אם המחיר מותאם להעדפותיהם, והנטל העודף קטן, אולם במקרים אחרים התפוקה תקטן.⁴² במצב האידיאלי, אם בעל המונופולין יכול לקבוע לכל צרכן מחיר אינדיווידואלי מתוך התאמה

41. ראו, למשל: Hovenkamp (לעיל, הערה 10), בפסקה 14.5a.

42. הדבר תלוי בנסיבות הספציפיות של השוק, כפי שתמחיש הדוגמה הבאה. נניח כי החוק אינו מעניק זכות ביצוע פומבי, ונניח כי לחברת תקליטים יש שני סוגי צרכנים: משתמשים ביתיים ותחנות רדיו. נניח גם כי קיימים מיליון משתמשים ביתיים ושלוש תחנות רדיו: קטנה, בינונית וגדולה. כל המשתמשים הביתיים מוכנים לרכוש תקליט תמורת 10 ש"ח ואילו תחנות הרדיו מוכנות לרכוש את התקליט תמורת 10,000 ש"ח, 15,000 ש"ח ו-20,000 ש"ח, בהתאמה. במצב של הפליית מחיר מושלמת תגבה חברת התקליטים 10 ש"ח מהמשתמשים הביתיים ו-10,000 ש"ח, 15,000 ש"ח ו-20,000 ש"ח מתחנות הרדיו. אולם אם אין לחברת התקליטים יכולת להפלות בין תחנות הרדיו, המחיר שהיא תקבע עבור תחנות רדיו יהיה 15,000 ש"ח ותחנות הרדיו הקטנה תיפלט מן השוק. לעומת זאת, בהיעדר כל יכולת להפלות במחיר, המחיר שייקבע לכל הצרכנים, לרבות כל תחנות הרדיו, יהיה 10 ש"ח, שכן במקרה זה על חברת התקליטים לבחור בין מחיר אחד ברמה המתאימה למשתמשים הביתיים ובין

מדויקת להעדפותיו (הפליית מחיר מושלמת), התפוקה שתימכר תהא ברמה זהה לזו שהייתה נמכרת בשוק תחרותי. ההבדל בין שני המקרים הוא שבהפליית מחיר מושלמת, עודף הצרכן כולו יועבר לידי המוכר.⁴³ תאגידים לניהול משותף הם בעלי מונופולין מן הסוג השני, המפלה, הואיל והם גובים מחירים שונים ממשתמשים שונים, כאשר ההבדלים משקפים לרוב הבדלים בתועלת הצומחת למשתמש מהשמעתה של מוזיקה ולא הבדלים בעלות הספקת המוצר או השירות. כך, למשל, תחנת רדיו משלמת יותר מבית קפה.⁴⁴ עם זאת, הואיל ואין ביכולתם של התאגידים לאמוד במדויק את העדפותיו של כל משתמש, הפליית המחיר שעושים התאגידים היא הפליית מחיר מדרגה שלישית, כלומר המחירים השונים נקבעים לקבוצות שונות של משתמשים, בהתאם למאפיינים שהתאגיד יכול לזהות.⁴⁵ בשונה מהפליית מחיר מושלמת, השקולה מבחינת היעילות לשוק תחרותי, השלכות היעילות של הפליית מחיר מדרגה שלישית, לעומת המצב התחרותי, אינן קבועות ויכולות להשתנות ממקרה למקרה.⁴⁶

ההתייחסות המשפטית והרגולטורית להפליית מחיר שמבצעים תאגידים לניהול משותף משקפת במידה רבה את העובדה שלא ניתן לאמוד באופן כללי את השלכותיה של הפליית המחיר, הן מבחינת היעילות והן מן הבחינה החלוקתית, ולפיכך קשה לנסח כלל בעד או נגד הפרקטיקה. במדינות רבות מחויבים התאגידים להעניק רישיון לכל משתמש המבקש רישיון ומוכן לשלם דמי רישיון סבירים. בנוסף, מחויבים התאגידים לקבוע תעריפים שונים לקבוצות שונות של משתמשים. נראה כי מטרת דרישות אלה היא להקטין את הנטל העודף שעשוי היה להיווצר במקרה של תמחור אחיד, בהנחה שהמחיר שייגבה בתמחור אחיד יהיה בשיעור כזה שאכן יוביל להיפלטות חלק מן המשתמשים מן השוק. בה בעת נאסר על התאגידים להפלות בין משתמשים השייכים לאותה הקבוצה, כך שאין התאגידים

לקבוע מחיר אחיד ברמה שתתאים רק לתחנות רדיו. בדוגמה זו תעדיף חברת התקליטים לקבוע מחיר אחיד ברמה של 10 ש"ח, שכן הכנסותיה במקרה זה תהיינה 10,000,030 ש"ח, לעומת 35,000 ש"ח אם ייקבע מחיר אחיד ברמה שתתאים רק לתחנות הרדיו. בדוגמה זו התפוקה בשיטה של מחיר אחיד גבוהה יותר מהתפוקה בשיטה של הפליית מחיר לא מושלמת, שכן לפי שיטת המחיר האחיד כל הצרכנים רוכשים תקליט, ואילו במצב של הפליית מחיר לא מושלמת תחנת הרדיו הקטנה נמנעת מלרכוש אותו.

43. עודף הצרכן הוא ההפרש שבין התועלת שמפיק הצרכן מן המוצר ובין המחיר שהוא משלם עבורו.

44. עניין הפרדציה (לעיל, הערה 1), פסקה 85.

45. סוג זה של הפליית מחיר נבדל מהפליית מחיר מדרגה ראשונה (או הפליית מחיר מושלמת) שבה נקבע מחיר בהתאם למאפייניו והעדפותיו המדויקים של כל צרכן, ומהפליית מחיר מדרגה שנייה, שבה מתאפשר לצרכן לבחור מבין כמה גרסאות של אותו המוצר בדרגות איכות ומחיר שונות בהתאם להעדפותיו.

46. Jeffery Church and Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach* (2000) 165-166.

יכולים לגבות יותר ממשתמשים המעוניינים יותר במוזיקה. האפקט של תנאי זה הוא הפחתת העברת העושר בתוך הקבוצה, אך אפקט נוסף שלו הוא שאין התאגיד יכול לגבות פחות ממשתמש ששייך לקבוצה, אשר עניינו במוזיקה מועט יותר לעומת עניינם של יתר חברי הקבוצה. לפיכך, עשוי משתמש זה להיפלט מן השוק וכך נוצר גטל עודף שהיה נמנע אלמלא הכלל האוסר הפליה תוך-קבוצתית.⁴⁷

מכל מקום, מהעובדה שתאגידים לניהול משותף הם בעלי מונופולין העוסקים בהפליית מחיר, ועל כן קיומם לא בהכרח כרוך בצמצום תפוקה ובנטל עודף, אין נובע כי מוסרת הדאגה של דיני ההגבלים העסקיים, שכן אם את אותה רמת תפוקה ניתן להשיג הן באמצעות מונופולין והן בשוק תחרותי, נטייתם של דיני ההגבלים העסקיים תהיה להעדיף את החלופה התחרותית שבה פחותה העברת העושר מכיסם של הצרכנים אל כיסי בעלי זכויות היוצרים; עמדתם של בעלי זכויות היוצרים תהיה מן הסתם הפוכה.

2. ביצוע פומבי והפליית מחיר

גורם נוסף המאתגר את התייחסותם של דיני ההגבלים העסקיים להפליית מחיר במתן רישיונות לביצוע פומבי של מוזיקה הוא שזכות הביצוע הפומבי עצמה היא מכניזם משפטי שנועד לעודד ולהקל את הפליית מחיר. לפי דיני זכויות היוצרים אין די בכך שמשמש המבקש להשמיע מוזיקה בפומבי רכש כדין עותק של המוזיקה. כדי שניתן יהיה גם להשמיע את המוזיקה בפומבי, על המשתמש להצטייד ברישיון נוסף מבעלי הזכויות. בעל הזכויות יכול אפוא להבחין טוב יותר בין משתמשים שונים בהתאם לתועלת שהם מפיקים מן המוזיקה ולגבות מחירים שונים בהתאם. זכות הביצוע הפומבי מאפשרת להבחין בקלות בין משתמשים לא-פומביים (משתמשים ביתיים, למשל), שהתועלת החומרית שהם מפיקים מן המוזיקה היא נמוכה, ובין משתמשים פומביים, שהתועלת החומרית שהם מפיקים מהשמעת המוזיקה היא גבוהה יותר.⁴⁸ יתרה מזו, הצורך לקבל רישיון לביצוע פומבי, אשר לרוב אינו ניתן בצמוד לעותק היצירה, מחייב את המשתמש ליצור קשר עם בעל הזכויות וכך מאפשר לבעל הזכויות לזהות טוב יותר את מאפייניו של כל משתמש ולקבוע את מחיר הרישיון המתאים, או לכל הפחות ליצור מתירון מפורט של מחירים שונים לפי המאפיינים

47. תוראות דומות מצויות בתנאים שבהם התנה בית הדין את פעילותן של הפדרציה והפי"ל. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקאות 267-269. תיאורטית, התאגיד יכול לעקוף את תנאי איסור ההפליה (ולהפחית את הנטל העודף הכרוך בו) באמצעות סיווג המשתמשים לקבוצות ברמת רווחציה גדולה יותר, כך שמשמש שעניינו במוזיקה נמוך לעומת עניינם של יתר חברי הקבוצה יסווג כשייך לקבוצה או תת-קבוצה אחרת. יש להניח, עם זאת, שמכיוון שיצירת מערך תעריפים מפורט יותר כרוכה בעלות גדולה יותר לתאגיד, התאגיד יבחר את מידת הרווחציה האופטימלית עבורו, גם במחיר פליטתם מן השוק של חלק מן המשתמשים הפוטנציאליים ואבדן ההכנסה והרווחה הכרוכים בכך.

48. Michael J. Meurer, "Copyright Law and Price Discrimination", 23 *Cardozo L. Rev.* (2001) 55, p. 110; Wendy J. Gordon, "Intellectual Property as Price Discrimination: Implications for Contract", 73 *Chi-Kent. L. Rev.* (1998) 1367.

של קבוצות משתמשים. אם בעל הזכות קובע ברישיון את סוג העסק או השירות שעליו חל הרישיון, ביכולתו למנוע ממשתמשים המפיקים תועלת גבוהה מהשמעת מוזיקה להתחזות לכאלה המפיקים ממגה תועלת נמוכה. כך, למשל, אם בעלים של תחנת טלוויזיה יתחזה לבעל בית קפה ויקבל רישיון להשמעת מוזיקה בבית קפה, שידור המוזיקה בתחנת הטלוויזיה יהווה הפרה של זכות היוצרים שכן הרישיון שנתקבל לא כיסה השמעה מסוג זה.

אולם כדי לגבות מחירים שונים ממשתמשים שונים אין די בכך שבעל זכות היוצרים יוכל למיין את המשתמשים השונים בהתאם לתועלת שהם מפיקים מהשמעת המוזיקה. בעל הזכות צריך להיות מסוגל למנוע ארביטרוז' עליו להיות מסוגל למנוע ממשתמש, שצפוי להפיק תועלת נמוכה, לרכוש רישיון במחיר נמוך ולמכור אותו למשתמש, שצפוי להפיק תועלת גבוהה, במחיר גבוה מהמחיר שבו רכש את הרישיון אך נמוך מהמחיר שדורש בעל הזכות. כאשר מדובר בעותקים של יצירות מוגנות, בעל הזכות מוגבל ביכולתו למנוע ארביטרוז' הואיל ולרוב אין הוא שולט בכל שרשרת ההפצה, אך חשוב מכך, אפילו ינסה – באמצעים חוזיים – להגביל משתמשים ולמנוע מהם למכור את העותק שבידיהם בכלל או למשתמשים מסוימים בפרט, קרוב לוודאי שלתניה שכוזו לא יהיה תוקף בהיותה סותרת את דוקטרינת המכירה הראשונה, הקובעת שבעל זכות היוצרים ממצה את זכויותיו בתום המכירה הראשונה של העותק.⁴⁹ מנגד, דוקטרינת המכירה הראשונה חלה רק על מכירת העותק הפיזי של היצירה המוגנת; אין היא חלה על זכות הביצוע הפומבי ועל רישיונות שניתנו מכוחה.⁵⁰ לפיכך, אם בעל הזכות קובע ברישיון שהרישיון הוא בלתי ניתן להעברה (כפי שלעיתים קרובות נקבע ברישיון) יש ביכולתו למנוע לחלוטין ארביטרוז', כך, למשל, הבעלים של בית קפה קטן שרכש רישיון במחיר נמוך לא יוכל למכור את הרישיון לתחנת טלוויזיה.⁵¹

עם זאת, אף שהיכולת להפלות מחיר מובנית בתוך דיני זכויות היוצרים, יכולתו של תאגיד לניהול משותף להפלות מחיר גבוהה מיכולתו של בעל זכויות יחיד. הסיבה לכך היא שכאשר בעלי זכויות יוצרים מתחרים זה בזה, יכולתם להפלות מחיר ולגבות נתח גדול יותר מעודף הצרכן של המשתמשים – מוגבלת. אמנם לרוב שירים אינם תחליפים מושלמים זה לזה, ועל כן אין התחרות בין בעלי הזכויות מובילה למצב שבו המחירים מתכנסים לרמה הקרובה לעלות השולית, אולם התחרות בין בעלי זכויות מונעת מהם את היכולת לגבות את מלוא עודף הצרכן מן המשתמש, שכן ניסיון שכזה מצד בעל

49. ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן. אב. סי. מוזיקה בע"מ, פ"ד נז(3) 658, 662.

50. למשל: *Red Baron-Franklin Park, Inc. v. Taito Corp.*, 493 U. S. 1058 (1990).

51. דוגמאות לרישיונות השמעה פומבית הכוללים הגבלות של סוג העסק או השירות שבו מתבצעת ההשמעה והכוללים תניות האוסרות העברת הרישיון ראו, בתוך: ASCAP Experimental License Agreement for Interactive Sites & Services — Release 1.0 [URL: <http://www.ascap.com/weblicense/ascapinteractive.pdf>]. William M. Krasilowsky and Sidney Shemel, *More About This Business of Music* (1994) 228.

זכויות אחד יגרום למשתמש להחליף את שירו בשיר של בעל זכויות אחר, שאמנם אינו תחליף מושלם לו אך הוא עשוי להיות תחליף קרוב, אם בעל הזכויות האחר מוכן לגבות מחיר נמוך במקצת. מכאן שבתנאי תחרות, בעל הזכות בשיר הבודד מסוגל לקבוע מחיר שייגזר מן התועלת השולית של המשתמש מהשמעת אותו השיר (לעומת התועלת שתצמח משירים אחרים), אך לא יותר מכך.⁵² לעומת זאת, כאשר כל בעלי הזכויות חוברים זה לזה באמצעות תאגיד ניהול והרישיון שהם נותנים במשותף הוא רישיון גורף המוצע על בסיס 'הכול או לא כלום', ביכולתם לקבוע מחיר שיהיה שקול לתועלת שמפיק המשתמש מהשמעת מוזיקה בכלל. אף שבשני המקרים, הן בשוק התחרותי והן בשוק הנתון לניהול משותף, עשויה להתקיים הפליית מחיר, המחיר הממוצע לשיר בשיטה של ניהול משותף גבוה מהמחיר לשיר בתנאי תחרות.⁵³

3. תאגידי ניהול משותף כמונופולים טבעיים

למרות מאפייניהם המונופוליסטיים של תאגידי ניהול משותף, מקובל להניח שהתועלת והיעילות הכרוכה בפעולתם עולה על הנזק שנגרם מקיומו של המונופולין. כמו כן מקובל להניח שתחרות בין בעלי הזכויות בתחום מתן רישיונות לכיצוע פומבי לא תביא לידי תוצאות עדיפות מבחינה חברתית לעומת אלה המושגות כשאת הרישיונות נותן תאגיד מונופוליסטי.⁵⁴ במילים אחרות, מקובל להניח שתאגידי ניהול משותף הם מונופולים טבעיים.

52. Kirby, Besen ו-1 Salop (לעיל, הערה 20), בעמ' 258-262.

53. כחלק מהניהול המשותף בקבע, עקב הרישיון הגורף, מחיר אחיד לכל שיר, אף ששווי השוק של שירים שונים יכול להיות מגוון מאוד. בשוק תחרותי, לעומת זאת, עשויים להיות שירים יקרים מאוד ולצדם שירים זולים מאוד, ותיאורטית יכולים להיות שירים שבעיני משתמשים מסוימים אין להם תחליף ובעלי הזכויות בהם יוכלו לגבות מאותם משתמשים את מלוא עודף הצרכן. עם זאת, מקרים אלה הם מן הסתם נדירים, בוודאי לטווח ארוך, ובכל מקרה ההנחה היא שהמחיר הממוצע לשיר בשוק תחרותי יהיה נמוך ממחירו בניהול משותף.

54. ראו: Posner (לעיל, הערה 10), בעמ' 30-31:

"The effect [of collective administration] is to eliminate price competition among the members of each association but at the same time to eliminate the prohibitive costs to the performing entities of dealing separately with each composer. So high are those costs that it is nearly certain that the output of the song industry is greater than it would be if the BMI and ASCAP cartels were outlawed. [...] But probably the [blanket license] fee is lower than the cost of equivalent rights if licensees had to negotiate with composers separately, since the cost of those negotiations would be part of overall cost of acquiring the rights. It is an example of the case given earlier where the monopoly price is probably lower than the competitive price."

המונח "מונופולין טבעי" מקושר לרוב למוצרים מתחום התשתית כגון חשמל, הספקת מים או טלפון. עם זאת, מונופולין טבעי מתקיים כל אימת שעלויות הייצור גורמות לכך שוול יותר לספק את מלוא הביקוש בשוק באמצעות ספק אחד.⁵⁵ במצב שכזה עדיף, מבחינת היעילות, ספק אחד מכמה ספקים. במקרים רבים שבהם מתקיים מונופולין טבעי התגובה השלטונית לקיומו אינה לכפות תחרות בשוק אלא להשלים עם קיומו של המונופולין אך להשית עליו סוג כלשהו של פיקוח, כדי להבטיח תוצאות אופטימליות (מבחינת כמות התפוקה, המחיר, האיכות וכדומה) ככל האפשר, היות שלא ניתן לצפות כי תחרות בשוק תשיג תוצאות אלה.⁵⁶

הפרדיגמה של המונופולין הטבעי חלה, לפחות לכאורה, על תאגידי לניהול משותף היות שמקובל להניח שניהול משותף הוא הדרך היעילה ביותר לניהול זכויות ביצוע פומבי וכי שוק תחרותי של זכויות ביצוע פומבי, אפילו הוא אפשרי, יוביל לרמת תפוקה נמוכה יותר ולרמת מחירים גבוהה יותר. כמו כן, מקובל להטיל פיקוח על תאגידי לניהול משותף, שמטרתו להבטיח כי התועלת הנובעת מקיומו של המונופולין לא תוחלף בניצול לרעה של מעמדו. לכלל מסקנה כי מדובר במונופולין טבעי ולהבנת התוצאות הנורמטיביות הנובעות ממנה הגיע באחרונה גם בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפרדריציה.⁵⁷

עם זאת, בעשורים האחרונים החלו להעריך מחדש את תבונה של פרדיגמת המונופולין הטבעי הנתון לפיקוח ככלי מדיניות רצוי. ההערכה המחודשת לא בהכרח כרוכה בשאלת עצם הפיקוח על המונופולין הטבעי כמדיניות רצויה, אלא בשאלה אם אכן מתקיים מונופולין טבעי בכל אותן נסיבות שבהן נטען שהוא קיים, ובשאלה כיצד לקבוע את מודל הפיקוח האופטימלי באותן נסיבות שבהן אמנם קיים מונופולין טבעי. כך, למשל, בתעשיות אחדות, כגון משק החשמל או הטלפון, שינויים טכנולוגיים הביאו לידי הפחתה בעלויות, לידי ערעור הבסיס הכלכלי לקיומו של מונופולין טבעי ולידי הכרה כי המונופולין הטבעי ייתכן שיתקיים רק במקטעים מסוימים של שרשרת הייצור ואילו במקטעים אחרים יכולה להתקיים תחרות.⁵⁸ בתעשיות אחרות, כגון תעופה, ההערכה המחודשת של טיעון המונופולין הטבעי נבעה מהטלת

55. המונח "מונופולין טבעי" אינו מתייחס למספר הספקים בפועל אלא ליחס שבין הביקוש לעלות הספקת המוצר בטכנולוגיה הנתונה. אם ניתן לספק את מלוא הביקוש בשוק הרלוונטי בעלות הנמוכה ביותר באמצעות ספק אחד, השוק הוא מונופולין טבעי גם אם קיימות בשוק יותר מפירמה אחת. Richard A. Posner, "Natural Monopoly and Its Regulation", 21 *Stan. L. Rev.* (1969) 548. המשותף לדוגמאות הקלאסיות של מונופולין טבעי הנזכרות לעיל הוא עלויות קבועות גבוהות מאוד ועלות שולית נמוכה ביותר. לפיכך, העלות הממוצעת הולכת ופוחתת, לפחות במקטע הביקוש הרלוונטי, ומכאן שהעלות הממוצעת ממוזערת כאשר קיים ספק אחד. ראו, גם בג"ץ 5812/00 Samedan Mediterranean Sea נ' הממונה על ענייני הנפט במשרד התשתיות הלאומיות, פ"ד נה(4) 312, בעמ' 319.

56. Kenneth E. Train, *Optimal Regulation: The Economic Theory of Natural Monopoly* (1991) 1.

57. עניין הפרדריציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 67.

58. בתחום הטלפון היו אלה המיקרוגל והתקשורת הלוויינית שאפשרו לקיים תחרות במקטע

ספק בדבר קיומו של מונופולין טבעי מלכתחילה.⁵⁹ בחלקים הבאים של מאמר זה אפסע בנתיב דומה. אתחיל בסקירה ביקורתית של התועלת והיעילות אשר נטען כי כרוכות בקיומם של תאגידים לניהול משותף ואזהה מה מהן אכן ניתן להשגה אופטימלית באמצעות מונופולין. בהמשך אפנה לבחון את השלכותיהם האפשריות של שינויים טכנולוגיים: האינטרנט, ניהול זכויות דיגיטלי (Digital Rights Management – DRM), פיתוחים בתחום הניטור האוטומטי של ביצוע פומבי של מוזיקה, ואת הטענה בדבר קיומו של מונופולין טבעי. אנסה להראות כי הטענה בדבר קיומו של מונופולין טבעי לוקה בחסר רב ובכל מקרה, השינויים הטכנולוגיים עשויים להחלישה עוד יותר. כמו כן, אבחן את ההשלכות של מסקנותיי על המדיניות הראויה כלפי תאגידים לניהול משותף.

ד. ההצדקות לקיומם של תאגידים לניהול משותף

בפרק זה אציג את ההצדקות הכלכליות השונות הגינתנות לקיומם של תאגידים לניהול משותף. תחילה אציג את הטענות כי ניהול משותף מפחית את עלויות העסקה מצד ההיצע, קרי העלויות הכרוכות בניהול, הרשאה ואכיפה של זכויות ביצוע פומבי, ואת הקשיים שבטיעונים אלה. טיעון נוסף מצד ההיצע שייבחן הוא הסברה כי ניהול משותף מאפשר להתגבר על בעיות הנובעות מתופעה שזכתה באהרונה לכינוי "הטרגדיה של המשאב המפוצל". אמחיש מדוע תופעה זו יכולה להצדיק ניהול משותף רק במספר מצומצם של מקרים. בהמשך אבחן טיעונים שונים הנוגעים להפחתת עלויות העסקה מצד הביקוש ומדוע גם טיעונים אלה אינם משכנעים דיים לצורך הצדקתו של הניהול המשותף.

1. צד ההיצע – יתרונות לגודל ומגוון בניהול, הרשאה ואכיפה של זכויות ביצוע פומבי

לא אחת נטען כי בניהולן של זכויות ביצוע פומבי, הרשאתן ואכיפתן קיימים יתרונות לגודל ולמגוון, ולכן ניהול של אגד זכויות רחב יעיל יותר מניהול זכויות פרטניות או מניהול מספר מצומצם של זכויות. כמו כן, נטען לא אחת כי השימוש ברישיון גורף טומן בחובו יעילות רבה עוד יותר. בטיעונים אלה יש לכאורה טעם. קרוב לוודאי שעבור היוצר הבודד העלות הכרוכה באיתורם של משתמשים פוטנציאליים ומשתמשים מפרים, העלות

הבין-מקומי והבין-לאומי של רשת הטלפונים, ראו: Hovenkamp (לעיל, הערה 10), בעמ' 701. בתחום החשמל שיפורים בטכנולוגיית ההפקה של חשמל אפשרו לייצר חשמל באופן יעיל בקנה מידה קטן יותר ואפשרו לקיים תחרות במקטע הייצור אף שתחום הובלת החשמל נותר מונופולין טבעי, ראו: Michael J. Trebilcock and Michal S. Gal, "Market Power in Electricity Industry Restructuring", 22 *World Competition Law & Econ. Rev.* (1999) 119, p. 125.

59. ראו: Edward Iacobucci, Michael J. Trebilcock and Ralph A. Winter, "The Canadian Experience with Deregulation", 56 *U. Toronto L.J.* (2006) 1, p. 2.

הכרוכה בניהול משא ומתן עמם מראש, או אכיפת הזכויות כלפיהם בדיעבד, גבוהה למדיי, ועשויה לעתים לעלות על התועלת שהמשתמש יפיק מן היצירה ובשל כך מהמחיר שניתן לגבות ממנו. בנוסף, ניהול הזכויות דורש מיומנות מקצועית, הכרה של התעשייה הרלוונטית וידע משפטי, אשר מן הסתם אינם מצויים בידיהם של מרבית היוצרים, אשר יתרונם היחסי הוא ביצירה, לא בהכרח בניהול.⁶⁰ לעומת זאת, כאשר אותר משתמש פוטנציאלי או משתמש מפר, עלויות הרישוי (או האכיפה) אינן משתנות באופן דרמטי אם ניתן רישיון (או מתבצעת אכיפה) עבור יצירה בודדת, עבור כלל היצירות של אותו בעל זכויות, או עבור כלל היצירות של כל היוצרים. ניהול משותף על ידי תאגיד המייצג את כלל בעלי הזכויות ומנפיק רישיונות גורפים מאפשר אפוא להפחית עד למינימום את עלות הניהול הממוצעת ליצירה.⁶¹

למרות ההיגיון שבטיעון זה, אין הוא יכול לבסס את הטענה כי תאגידים לניהול משותף הם מונופולים טבעיים. אין ספק כי הוצאות הניהול הקבועות של זכויות ביצוע פומבי גבוהות לעומת העלות השולית הכרוכה בהרשאת יצירה בודדת, ולכן קיימים יתרונות לגודל ולמגוון כאשר מנהלים יצירות רבות ולא יצירה בודדת. עם זאת, כל מה שנובע מכך הוא שקרוב לוודאי שניהול זכויות הביצוע הפומבי על ידי בעל זכויות בודד, או בנוגע ליצירה בודדת, אינם כלכליים. אין הכרח להסיק מכך כי ניתן למצות את יתרונות הגודל והמגוון רק כאשר קיים תאגיד יחיד המנהל את זכויות הביצוע הפומבי בכלל הרפרטואר העולמי. כל מה שהטיעון בדבר קיומם של יתרונות לגודל ולמגוון יכול להסביר (או לצפות) הוא את קיומן של פירמות, כגון מו"לים למוזיקה או חברות תקליטים, המשמשים כמתווכים בין יוצרים לבין משתמשים. יתרונות אלה יכולים גם להסביר את הפרקטיקה

60. הארגון הבינלאומי CISAC, המשמש כארגון גג שבו חברים עשרות תאגידים לאומיים לניהול משותף, נותן באתר האינטרנט שלו ביטוי רגשני למדיי לטענה זו. לדעת הארגון, היוצרים אינם צריכים לכלות את זמנם ברדיפה אחר זכויותיהם, אלא ליצור. ("[A]uthors are not supposed to spend their time going after their rights. They create!")
ראו: [URL: http://www.cisac.org/web/content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Language=EN&Alias=MAN-AR-07](http://www.cisac.org/web/content.nsf/Builder?ReadForm&Page=Article&Language=EN&Alias=MAN-AR-07)

61. טיעון זה הוא אחד השיקולים שהנחו את בית הדין להגבלים עסקיים בהחלטתו בעניין הפריצית (לעיל, הערה 1). ראו, בפסקה 53: "יתרון מרכזי בהסדר הכובל שלפנינו הקשור ליתרון הקודם, מתבטא בחסכון בהוצאות. ההסדר שלפנינו מאפשר ניצול יתרונות לגודל בניהול משותף של הזכויות, הן בקשירת העסקאות והן באכיפת הזכויות על-ידי כלל בעלי הזכויות. החיסכון בהוצאות העסקה והאכיפה גם מוויל את המוצר הסופי ומאפשר לצרכן ליהנות ממבחר יצירות גדול יותר במחירים נמוכים יותר מאלה שהיה עליו לשלם לו היה צריך לשאת ולתת עם כל בעל זכויות בנפרד... אלמלא ההסדר, גם אם ניתן היה לנהל מו"מ ולכרות הסכם נפרד בגין כל השמעה, עלויות העסקה הכרוכות בניהול מו"מ וקשירת עסקאות נפרדות, היו עולות, פעמים רבות, על התועלת שמפיק המשתמש מהשימוש ביצירה ועל התמורה שבעל הזכויות יכול לגבות עבור השימוש" (האסמכתאות הושמטו - א"ב).

הגנה בתעשייה ולפיה היוצרים ממחים לרוב את מלוא זכויותיהם למו"לים, בתמורה לשירותיו של המו"ל ולתשלום חלק מן התמלוגים שיגבה המו"ל.⁶² בנוסף, קיומם של מו"לים רבים בגדלים שונים (העוסקים בניהול זכויות אחרות מתוך אגד הזכויות שמעניק הדין ליוצר) מעיד כי ניתן לנהל זכויות יוצרים אלו באופן יעיל באמצעות פירמות שגודלן גופל ממונופולין המרכזו בידי את כלל הזכויות של כלל היוצרים. בדומה, גם קיומם של שלושה תאגידים לניהול משותף בארצות הברית, כאשר אחד מהם, SESAC, מייצג רפרטואר שגודלו כ-5% מהמוזיקה המושמעת,⁶³ ובישראל, קיומה של הפי"ל, שהרפרטואר שבידה קטן במידה ניכרת מהרפרטואר שבידי הפרדציה, מעידים כי ניתן, קרוב לוודאי, לנהל באופן יעיל גם את זכויות הביצוע הפומבי של חלק קטן מהיוצרים בסדר גודל הגופל בהרבה ממונופולין. לפיכך, לצורך אישוש הטענה כי שוק זכויות הביצוע הפומבי הוא מונופולין טבעי אין די בכך שניהול זכויות פרטני, על ידי היוצר הבודד, אינו יעיל. יש צורך להסביר מדוע אין די בקיומם של כמה מתווכים הפועלים בשוק תחרותי ויש צורך במתווך יחיד בדמותו של תאגיד לניהול משותף.

טיעון עלויות העסקה הנוכח לעיל, אף שהוא שכיח למדי,⁶⁴ מעורר קושי גם מהיבט נוסף. הטיעון מבוסס על ההנחה כי ניצבים מכשולים רבים בפני התקשרות פרטנית בין בעלי זכויות ובין משתמשים, ומכשולים אלה הופכים את ההתקשרות הפרטנית לבלתי מעשית. מלבד העובדה שטיעון זה מבוסס כל כולו על הנחה שאינה מלווה בניחות אמפירי, הוא מתעלם מעובדה בסיסית, אך חשובה למדי, והיא שהתקשרויות פרטניות – הדומות לאלה שנטען כי אין זה מעשי שיתקיימו – מתקיימות למעשה כעניין שבשגרה. כמעט לכל ביצוע פומבי של מוזיקה, קודמת, אמנם בעקיפין, עסקה בין המשתמש ובין בעלי הזכויות ביצירה. הסיבה לכך היא שכמעט כל משתמש המבקש לבצע יצירה בפומבי זקוק לעותק של היצירה, בין שמדובר בתקליטור (או עותק מוקלט אחר), כאשר הביצוע הוא של מוזיקה שהוקלטה מראש, ובין שאלה תווים, כאשר מדובר בביצוע חי.⁶⁵ לפיכך, כל עוד עותק היצירה הוא עותק חוקי (ואין טענה כי רוב או חלק ניכר מן המשתמשים מבצעים מוזיקה בפומבי באמצעות עותק בלתי חוקי), המשתמש חייב לרכוש את העותק במישרין או בעקיפין ממוכר מורשה מטעם בעלי הזכויות למכור את העותק. מכאן שעסקה בין בעלי הזכויות ובין המשתמשים שרכשו את עותק היצירה כדי להשמיעו בפומבי קודמת לכל השמעה פומבית של כל יצירה. טכנית, אין כל מניעה כי תחנת רדיו, דיסקוטק או בית

62. Kohn ו-Kohn (לעיל, הערה 18), בעמ' 108.

63. Memorandum of the United States in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment, *United States v. ASCAP No. 41-1395* S.D.N.Y. (2000).

7.

64. למשל: WIPO (לעיל, הערה 21); עניין BMI (לעיל, הערה 7), בעמ' 20; עניין הפרדציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 53.

65. תיאורטית, ביצוע חי יכול שיעשה גם בלא תווים, אולם מעטים הנגנים שלא יהיו זקוקים לתווים ולו לשלבי החזרות.

קפה ירכשו את זכות הביצוע הפומבי של היצירות שעל גבי תקליטור באותה העת שבה הם רוכשים את התקליטור עצמו.⁶⁶

את הבעייתיות שבטיעון עלויות ההתקשרות ניתן להמחיש באמצעות התרגיל המחשבתי הבא המדגים כי ניתן להשתמש בטיעון זה כדי להצדיק ניהול משותף של זכויות יוצרים אחרות, גם אלה שמנוהלות כיום באופן פרטני ובשוק תחרותי. דמיינו עולם בלא מו"לים למוזיקה, בלא חברות תקליטים ובלא חנויות תקליטים. דמיינו, בנוסף, תחנת טלוויזיה הזקוקה לכ-60,000 יצירות מוזיקליות בשנה,⁶⁷ ועל כן צריכה לרכוש אלפי תקליטים המכילים אלפי יצירות שהזכויות בהן נתונות לאלפי יוצרים שיש לאתרם ולנהל עמם משא ומתן. כיצד ניתן לעשות זאת בצורה יעילה? מן הסתם, תאגיד מונופוליסטי שייצג את כל בעלי הזכויות יפתור את הבעיה. האם היוצרים ייהנו מכך? קרוב לוודאי. האם זהו הפתרון היחיד? ודאי שלא. האם קיימים גם פתרונות אחרים, תחרותיים? כנראה שכן, ונראה גם שפתרונות אלה קיימים בפועל. בפועל, היוצרים, שהם בעלי הזכויות הראשונים, ממחים את זכויותיהם למו"לים, אשר מעניקים לחברות תקליטים זכות להקליט את היצירות, ליצור עותקים מהן ולהפיצן לחנויות תקליטים. עתה, כל מה שנדרש מתחנת הטלוויזיה לעשות הוא להתקשר עם חנות התקליטים ולרכוש עותק; אין צורך בהתקשרות פרטנית עם כל יוצר ויוצר. מדוע פתרון זה, שדי בו לצורך הרשאתן של הזכויות האחרות, אינו מספיק במקרה של זכויות הביצוע הפומבי? התשובה היא שככל הנראה זה אפשרי. אין מניעה פרקטית שזכות הביצוע הפומבי ביצירה תינתן בצמוד לעותק היצירה. הבעיה, עבור בעל הזכויות, אינה בעיה של עלויות עסקה, כי אם בעיה אחרת. הבעיה האחרת היא שמודל שכזה יניב ככל הנראה רווחים פחותים לבעלי הזכויות וזאת משתי סיבות. סיבה אחת היא שיש להניח שהסכום שייגבה בשוק תחרותי יהיה נמוך לעומת הסכום שייגבה בשוק מונופוליסטי. הסיבה השנייה היא שפיצול זכות הביצוע הפומבי מיתר הזכויות מאפשר לבעלי הזכויות לתמחר באופן מפלה בצורה אפקטיבית למדי. לעומת זאת, במודל שבו זכות הביצוע הפומבי ניתנת בצמוד למכירת העותק, יכולתו של בעל הזכויות להבחין ולהפלות בין סוגי משתמשים שונים קטנה יותר. אף שבעל הזכויות יכול לגבות תשלום נפרד ונוסף עבור זכות הביצוע הפומבי של עותק היצירה, ויכול להבחין בקלות יחסית בין משתמשים ביתיים (שרוכשים את העותק להאזנה ביתית אך אינם זקוקים לרישיון ביצוע פומבי) למבצעים פומביים, לא בהכרח הוא יכול להבחין היטב בין סוגים שונים של מבצעים פומביים. ייתכן שדרך אפשרית להתגבר על כך היא למכור עותקים באמצעות חנויות תקליטים רק למשתמשים ביתיים (כפי שהדבר נעשה כיום) ולהעניק רישיונות ביצוע פומבי באמצעות חנויות או סוכנים מיוחדים שיתמחו בכך.⁶⁸ כמוכן, במודל זה תיוותר בעיה

66. דיון בנושא רישוי במקור, בחלק ד.2, להלן; פסח (לעיל, הערה 15).

67. WIPO (לעיל, הערה 21).

68. ייתכן גם שהתקליטור לא יכלול את זכות הביצוע הפומבי אולם ייכתבו עליו השם ופרטי ההתקשרות של נציג, שניתן לקבל באמצעותו רישיון ביצוע פומבי ליצירות שעל גבי התקליט.

של אכיפה: כיצד ניתן לוודא שמשתמשים שרכשו עותק המיועד לשימוש ביתי בלבד לא ישתמשו בו באופן פומבי – אולם בעיית האכיפה היא בעיה נפרדת מבעיית הרישוי. מכאן, שקיומם של יתרונות לגודל בתחום הניהול והרישוי לא בהכרח מצביעים על קיומו של מונופולין טבעי בתחום זה. אם עותקים של יצירות, תקליטורים או תווים, נמכרים בצורה פרטנית ובשוק תחרותי, אין מניעה שהזכות לבצעם בפומבי תינתן באותו האופן או באופן דומה. יתרונות הגודל והמגוון שקיימים בתחום הניהול והרישוי יכולים להסביר אם כך את קיומם של מתווכים שונים, אך אין בהם כדי להסביר מדוע לצורך הביצוע הפומבי נדרש מתווך יחיד; נדרש לשם כך הסבר אחר.

ההסבר האחר, אשר יכול לשמש סימוכין טובים יותר לטענה בדבר קיומו של מונופולין טבעי, נעוץ בתחום האכיפה: ניטור מפריס ואכיפת הזכויות כלפיהם. כפי שיוסבר להלן, עלות הניטור והאכיפה ליצירה פוחתת ככל שמספר היצירות גדל.⁶⁹ במקרה הקיצוני, אך השכיח למדי, שבו כל זכויות הביצוע הפומבי בטריטוריה מסוימת מנוהלות בידי תאגיד יחיד, והרישיון שניתן הוא רישיון גורף, עלות הניטור והאכיפה ליצירה היא הנמוכה ביותר. הסיבה לכך היא שבמצב זה, כל שנדרש לצורך ניטור יעיל של מפריס הוא לבדוק אם בעל עסק כלשהו משמיע מוזיקה ואם קיבל רישיון לכך אם לאו. הואיל וכל היצירות כלולות ברישיון הגורף, אין חשיבות לשאלה איזו יצירה הושמעה, ובאיזו תדירות. הסיטואציה היא דיכוטומית: אם ניתן רישיון אזי כל השמעה היא חוקית, ואם לא ניתן רישיון אזי כל השמעה – תהא אשר תהא – אינה חוקית.⁷⁰ כל מה שנדרש כדי לנטר הפרה, ואחר כך להוכיחה בבית המשפט, הוא שהתבצעה השמעה פומבית של מוזיקה כלשהי וכי בידי המשתמש לא היה רישיון.⁷¹ השוואה למצב שבו הניטור והאכיפה מתבצעים על ידי בעל הזכויות הבודד ממחישה את הפרש העלויות. במקרה שכזה אין בדיעה כי פלוני משמיע מוזיקה בפומבי כדי להועיל לבעל הזכויות. כדי שידע אם המוזיקה המושמעת היא מוזיקה שהוא בעל הזכויות בה, ויוכל אחר כך גם להוכיח זאת בבית המשפט, יהיה עליו להציב באופן פיזי ודרך קבע נציג מטעמו בבית העסק כדי להקשיב ולתעד אילו יצירות הושמעו, מתי, ובאיזו תדירות. העלות, מן הסתם, גבוהה בהרבה. באופן דומה, יש להניח כי עלות ההתדיינות הכרוכה באכיפת זכויות היוצרים אינה משתנה באופן מהותי אם התביעה מנוהלת על ידי בעל זכויות יחיד האוכף את זכויותיו או על ידי תאגיד לניהול משותף.⁷² אולם אם הסעד

69. ראו: John Cirace, "CBS v. ASCAP: An Economic-Analysis of a Political Problem", 47 *Fordham L. Rev.* (1978) 277, p. 302.

70. תיאורטית, אין די בדיעה כי משתמש השמיע מוזיקה כלשהי כדי להסיק כי נדרש היה רישיון לצורך ביצועה הפומבי, שכן משתמש יכול להסתפק בהשמעת מוזיקה שהיא נחלת הכלל (למשל, כי זכויות היוצרים בה פקעו). עם זאת, הואיל ותקופת ההגנה על זכויות יוצרים ארוכה לרוב במידה ניכרת מהתקופה שבה שיר פלוני פופולרי, מבחינה מעשית משתמשים ספורים (אם בכלל) יוכלו לטעון בצורה משכנעת כי הם משמיעים אך ורק מוזיקה שהיא נחלת הכלל.

71. Kirby, Besen ו-Salop (לעיל, הערה 20) בעמ' 409; הערה 99 להלן.

72. אני מתעלם כרגע מהאפשרות שניהול התביעה על ידי תאגיד הניהול עשוי להיות יעיל יותר

המבוקש הוא צו מניעה שיאסור השמעה עתידית, בעל הזכויות הבודד יוכל, לכל היותר, לקבל צו שיאסור את ביצוע הפומבי של היצירות שהוא בעל הזכויות בהן, ואילו תאגיד הניהול יוכל לבקש צו מניעה שיאסור ביצוע פומבי של כלל היצירות שברפרטואר התאגיד, אשר לעתים קרובות מקיף את כלל היצירות המוגנות הקיימות, או למצער את רובן המכריע.⁷³ מובן מאליו כי צו מניעה שכזה – ולא פחות מכך האיום בנתינתו – אפקטיביים בהרבה בהבטחת ציות להוראות החוק מלכתחילה וניתן לראות בכך מטרה חברתית רצויה. אף שרציונל עלויות הניטור והאכיפה מחזק לכאורה את הבסיס התיאורטי לטענה כי תאגידי לניהול משותף הם מונופולים טבעיים, יש צורך ליישב טענה זו עם כמה עובדות סותרות. התיאוריה של מונופולין טבעי מתייחסת למצב שבו ניתן לספק את מלוא הביקוש למוצר או שירות, בעלות הנמוכה ביותר, באמצעות פירמה אחת.⁷⁴ בנסיבות שכאלה, אם פועלות בשוק פירמות מספר, יש לצפות כי במרוצת הזמן יפחת מספרן עקב כישלון עסקי או מיזוג, אם כי ייתכן גם שכמה פירמות תמשכנה להתקיים תוך בובוז משאבים.⁷⁵ במדינות רבות אכן קיים תאגיד גיהול יחיד אשר אוסף את זכויות היוצרים בשטח השיפוט של המדינה, אך קיימים כמה חריגים. בישראל פועלות זו לצד זו שתי הפדרציות: הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות והפי"ל, ובארצות הברית פועלים זה לצד זה ASCAP ו-SESAC משנת 1931, כאשר ב-1941 נוסף עליהם BMI. אם אכן מדובר במונופולים טבעיים ואם החיסכון בעלויות הנובע מהניהול המשותף הנו כה משמעותי, נשאלת השאלה כיצד ממשיכים התאגידים להתקיים זה לצד זה בלי להתלכד לתאגיד יחיד, בין בעקבות מיזוג יזום ובין עקב היפלטות התאגיד היעיל פחות מן השוק. גם אם ניתן היה לנעוץ תופעה זו בגורמים הייצוגיים⁷⁶ עדיין נשאלת השאלה מדוע בעלי הזכויות אינם "מצביעים

בזכות שלושה גורמים נוספים: האחד – שתאגיד הניהול עשוי להיות מיומן יותר בניהול סוג זה של תביעות. השני – שכאשר התובע הוא בעל זכויות בודד עשויה להתעורר השאלה אם התובע הוא אכן בעל הזכות האמיתי, ואילו במקרה שתאגיד הניהול הוא התובע, הסיכוי ששאלה זו תתעורר הוא קטן יותר, שכן אם התאגיד מייצג את כלל בעלי הזכויות, מן הסתם הוא מייצג גם את בעל הזכויות האמיתי, תהא זהותו אשר תהא. הגורם השלישי הוא, שאם מדובר בתביעות תקדימיות (למשל, תביעות בנוגע למשתמשים או שימושים אשר אין זה ודאי כי הדין מחייב קבלת רישיון בגינם), עשויה להתעורר בעיה של פעולה משותפת ("collective action") – היעדר תמריץ מספיק ליצר הבודד לשאת בעלות ההתדיינות כאשר את התועלת שבהתדיינות יפיקו כלל היוצרים.

73. Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (2003), בפסקה 8.19. B.

74. Landes ו-Posner (לעיל, הערה 25).

75. שם, שם.

76. שיקולים הייצוגיים עשויים לבסס התנגדות אפשרית של רשויות ההגבלים העסקיים למיזוג שכזה, או התנגדות של נושאי משרה בתאגידים למיזוג ביניהם מחשש לאבדן טובות הנאה אישיות הכרוכות במשרה. אף שהתנגדות שכזו נוגדת את טובת חברי התאגיד, אין זה בלתי מתקבל על הדעת שנושאי המשרה בתאגיד לא יפעלו להשאת רווחתם של חבריו, כפי שהספרות והפסיקה הענפה בתחום דיני התאגידים יכולות ללמד.

ברגליים": נוטלים את יצירותיהם ומעבירים אותן לתאגיד הגדול יותר אשר צפוי להיות יעיל בהרכבה ועל כן להותיר בקופתו שיעור גדול יותר של תמלוגים שיחולקו לחברים. בתחרות בין התאגידים על לבם של היוצרים, ניתן היה לצפות שתאגידים קטנים כגון הפי"ל או SESAC, יסבלו מחיסרון תחרותי ניכר לעומת התאגידים הגדולים. העובדה שלמרות זאת חלק מבעלי הזכויות מעדיפים להצטרף לתאגיד הקטן, ושאל אכן מבחינת היוצרים יתרון מובהק לחברות בתאגיד זה או אחר,⁷⁷ אינה עולה בקנה אחד עם הטענה כי מדובר במונופולין טבעי, או לכל הפחות מטילה ספק בהנחת החיסכון הרב בעלויות המושג באמצעות הניהול המשותף לעומת הניהול הפרטני.⁷⁸ ודוק, הברירה אינה בין ניהול משותף על ידי תאגיד יחיד ובין ניהול פרטני על ידי היוצר הבודד. אין ספק כי קיימים יתרונות לגודל המצדיקים קיבוץ של מספר רב של יצירות. השאלה הקריטית היא האם ניתן למצות יתרונות אלה אך ורק במצב שבו מתקיים ניהול משותף של כלל הזכויות, או שמא מתווכים שונים המרכזים בידיהם מספר גדול מספיק של יצירות יכולים לאכוף את חוקיות השימוש בהן בצורה יעילה ובשוק תחרותי.

גם אם פעולות הניטור והאכיפה מצביעות לכאורה על קיומו של מונופולין טבעי ומצדיקות אפוא ניהול משותף, נשאלת השאלה אם ניטור ואכיפה משותפים מחייבים גם רישוי משותף. ייתכן שניתן לפצל את שתי הפעולות: הניטור והאכיפה יתבצעו בידי תאגיד הניהול ואילו מתן הרישיונות, או לפחות קביעת מחירם, יתבצעו על ידי בעלי הזכויות באופן פרטני.⁷⁹ עם זאת, הבעיה הנעוצה במודל שכזה, היא שהפרדת פעולת הרישוי מפעולות האכיפה עשויה לגרום להאמרת עלויות האכיפה, שכן משתמשים יוכלו להתחכם ולרכוש רישיון רק למספר מצומצם של יצירות אך להשמיע בפועל מספר רב בהרבה. במצב שכזה, בניגוד למצב שבו הרישיון הגורף מכסה כל יצירה מושמעת אפשרית, לא ניתן יהיה לוודא כי כל המוזיקה המושמעת מכוסה ברישיון מתאים בלי להזדקק לניטור מסיבי ויקר יותר.⁸⁰

מודלים שכאלה קיימים בתחומים אחרים של קניין רוחני, שבהם מתמודדים בעלי זכויות היוצרים עם בעיות דומות, גם אם לא זהות. ארגון ה-Business Software Alliance (BSA),

77. Kohn ו-Kohn (לעיל, הערה 18).

78. ייתכן שההסבר לקיומם של תאגידי ניהול קטנים הוא שיש להם יתרון ניהולי שכן מספר קטן יותר של חברים יכול להבטיח פיקוח טוב יותר על המנהלים. על כן, היתרון שבחברות בתאגיד הקטן נובע ממועור בעיית הנציג. הסבר זה אינו שולל את הטענה כי אין מדובר במונופול טבעי. להפך, לפי הסבר זה מעל סף מסוים, עלויות הנציג גדלות ככל שגדל מספר החברים בתאגיד.

79. Kirby, Besen ו-Solop (לעיל, הערה 20).

80. שם, בעמ' 409; הערה 97 להלן; ביקורת נוספת על ההצעה ראו, אצל: Paul Goldstein, "Commentary on An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. (1992) 413.

למשל, משמש כזרוע ניטור ואכיפה של הזכויות כלפי המשתמשים שימוש בלתי מורשה בתכנה מטעם מספר רב של יצרני תכנה מובילים, בלי שהארגון מעורב במכירת עותקים או במתן רישיונות לתכנה המופצת על ידי חבריו.⁸¹ בדומה, אף הפדרציה לתקליטים משמשת, בנוסף להיותה תאגיד לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי, כזרוע של חברות התקליטים למאבק בייצור עותקים לא מורשים של תקליטים, בלי שהיא עוסקת במכירת תקליטים. וכאמור, קיום תאגידים לניהול משותף אשר הרפרטואר המנוהל על ידיהם קטן במידה ניכרת מהרפרטואר המנוהל על ידי תאגידים אחרים עשוי להצביע על כך שניטור ואכיפה יעילים אינם מחייבים ריכוז של כלל היצירות בידי התאגיד. עם זאת, בסופו של דבר קשה להעריך את הייתכנות של מודל שכזה ואת התועלת שבו בלי לבחון, עובדתית, אם תוספת עלויות האכיפה והניטור עקב פיצול האכיפה והרישוי היא פרוהיביטיבית או לא. גם אם אין מדובר בעלות פרוהיביטיבית, עדיין יש לשקול אם התועלת שבהגברת התחרות במודל שכזה גדולה מתוספת העלות הכרוכה בו. הכרעה בשאלות אלה מצריכה בחינה עובדתית החורגת מתחומו של מאמר זה.

2. ניהול משותף ותיאוריית הטרגדיה של המשאב המפוצל

נימוק נוסף להצדקת קיומם של תאגידים לניהול משותף נעוץ בתופעה שזכתה באחרונה בספרות הכלכלית והמשפטית לכינוי "The Tragedy of the Anticommons", או בתרגום חופשי, הטרגדיה של המשאב המפוצל.⁸² הטרגדיה של המשאב המפוצל נוצרת במצב שבו לכמה אנשים זכות למנוע את השימוש במשאב או בנכס,⁸³ והיא תמונת הראי של התופעה המוכרת יותר – הטרגדיה של המשאב המשותף (The Tragedy of the Commons).⁸⁴ הטרגדיה של המשאב המפוצל נוצרת הואיל והשימוש במשאב מצריך הסכמה של כלל בעלי זכות הווטו, אולם כל אחד מהם, הפועל באורח אינדיווידואלי ורציונלי להשאת תשואתו מהמשאב, קובע מחיר בלי להתחשב בעובדה שהמחיר שהוא דורש משפיע על נכונות המשתמש לשלם עבור ההסכמה של חברו. הואיל ונדרשת השגת הסכמה מכל אחד מבעלי זכות הווטו, ככל שהמחיר שדורש האחד גבוה יותר, כך קטן הביקוש, כלומר יורדת

81. אתר ארגון ה-BSA, ראו: [URL: <http://www.bsa.org.il/about/index.html>].

82. ראו: Michael A. Heller, "The Tragedy of the Anticommons: Property in the Transition from Marx to Markets", 111 *Harv. L. Rev.* (1998) 621.

83. שם, בעמ' 660.

84. Garrett Hardin, "The Tragedy of the Commons", 162 *Science* (1968) 1243. הטרגדיה של המשאב המשותף היא תופעת שימוש היתר במשאב העלולה להיגרם במצבים שבהם זכות השימוש במשאב נתונה לכול. במצב שכזה כל משתמש נוטה להגביר את השימוש שלו במשאב שכן רק הוא נהנה מן התועלת שבשימוש הנוסף, בעוד הכלל נושא בעלות שנובעת משימוש היתר. זוהי התנהגות רציונלית לחלוטין מצד כל משתמש, אף שבמצב שכזה שימוש היתר עלול להביא לידי התכלות המשאב, בניגוד לאינטרס המשותף של המשתמשים בו, ומכאן הטרגדיה.

הנכונות לשלם עבור הסכמת חברו. לפיכך המחיר הכולל שיידרש המשתמש לשלם עשוי לעלות על המחיר האופטימלי שהיה נדרש ממנו לו לצורך השימוש במשאב הייתה נדרשת הסכמה של גורם אחד בלבד. במקרה קיצוני, המשאב עשוי שלא להיות מנוצל כלל, למרות הערך הטמון בו.⁸⁵

האפשרות שתאגידים לניהול משותף פותרים בעיות של משאב מופצל הוצעה באחרונה על ידי פריסי (Parisi) ודפורטר (Depoorter).⁸⁶ הם מציינים כי ביצוע פומבי של מוזיקה עשוי להיות משאב מופצל אם זכויות הביצוע הפומבי השונות ביצירה הן, מבחינת המשתמשים, מוצרים המשלימים זה את זה. במצב שכזה, תאגיד לניהול משותף מונופוליסטי עשוי להביא לידי מחירים גבוהים יותר ולרמת תפוקה גבוהה יותר לעומת המחירים שהיו מתקיימים בשוק תחרותי.⁸⁷ אם כך הדבר, הרי תאגידים לניהול משותף הם התארגנות רצויה, גם אם אין מקבלים את טיעוני עלויות העסקה המקובלים שתוארו קודם.

ניתן לזהות שלושה מצבים אפשריים שבהם הפיצול לזכויות שונות או לבעלי זכויות שונים עשוי להביא לידי מצבים של משאב מופצל, ואשר תאגידים לניהול משותף עשויים לכאורה לפתור. המצב האחד הוא מצב שבו השיר הבודד הוא משאב מופצל, המצב השני הוא מצב שבו מקבץ שירים, או "רשימת השמעה", היא משאב מופצל, והמצב השלישי, כאשר מדובר בהשמעה של תוכן שהופק מראש ולמשתמש אין שליטה על הרכב השירים שישולב בו. עם זאת, כפי שאמחיש להלן, למרות הייתכנות התיאורטית של מצבים אלה, ואף שבכל אחד מהם ניהול משותף אמנם עשוי לתת פתרון, נראה כי מדובר בפתרון יתר בהשוואה להיקף הבעיה או בשים לב לקיומם של פתרונות חלופיים ותחרותיים יותר.

(א) השיר הבודד כמשאב מופצל

תופעה שכיחה היא שזכויות היוצרים בשיר בודד נתונות בידיהם של שני בעלים ויותר. כל שיר מורכב משתי יצירות נפרדות: המילים והלחן. המילים הן יצירה ספרותית, והלחן יצירה מוזיקלית.⁸⁸ כל אחת מהן היא יצירה מוגנת מכוח דיני זכויות היוצרים ועל כן אין זה נדיר כי זכות היוצרים בכל אחת מהן תהא נתונה ליוצר אחר, אם הוא מחברה הראשון.⁸⁹

85. James M. Buchanan and Yong J. Yoon, "Symmetric Tragedies: Commons and Anticommons", 43 *J. L. & Econ.* (2000) 1, p. 4.

86. Francesco Parisi and Ben Depoorter, "The Market for Intellectual Property: The Case of Complementary Oligopoly", *The Economics of Copyright* (Wendy J. Gordon and Richard Watt — eds., 2003) 162. החידוש של Parisi ו-Depoorter הוא בשימוש במסגרת התיאורטית של המשאב המופצל. עם זאת, על הבעייתיות הכרוכה בפיצול הבעלות ועל יכולתם של תאגידים לניהול משותף לפתור בעיות אלה עמדו גם אחרים. ראו, למשל: Robert P. Merges, "Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations", 84 *Cal. L. R.* (1996) 1293.

87. Parisi ו-Depoorter (לעיל, הערה 86), בעמ' 169-172.

88. סעיף 1 לחוק זכות יוצרים.

89. סעיף 5 לחוק זכות יוצרים. מובן, עם זאת, כי על פי הסדר מאוחר יותר בין בעלי הזכות

לעתים, יצירה אחת עשויה להיות בבעלותם המשותפת של כמה מחברים משותפים (למשל: לנזן ומקרטיני), בידיהם של כמה יורשים של יוצר שנפטר, או בבעלותם המשותפת של יוצר ומו"ל.⁹⁰ בנוסף, כאשר מדובר בשיר מוקלט (רשומת קול), מוקנית זכות יוצרים גם למפיק התקליט⁹¹ ובנסיבות מסוימות גם זכות לתמלוגים ראויים למבצעים.⁹² הואיל וכיצוע פומבי של שיר מצריך את הסכמתו של כל אחד מבעלי הזכויות הללו, וכל אחד מהם יכול להטיל וטו על הביצוע הפומבי, השמעת השיר נתונה למשטר של משאב מפוצל.⁹³ תאגידים לניהול משותף מונעים את הטרגדיה הצפויה הואיל וזכות הווטו אינה נתונה עוד לכל אחד מבעלי הזכויות הבודדים אלא בידי התאגיד, ולפיכך המחיר שישולם לבעל הזכות הבודד קבוע מראש (לפי מפתח חלוקת התמלוגים) כך שממוזער התמריץ להתנהגות אופורטיניסטית. התוצאה היא שהתאגיד יכול לקבוע את המחיר האופטימלי עבור כלל בעלי הזכויות ונמנעת הטרגדיה של תמחור יתר ותת-שימוש. מכאן שהניהול המשותף מאפשר מתן רישיונות רבים יותר לעומת המצב שהיה מתקיים בהיעדרו.

לכאורה, הניהול המשותף הוא פתרון אידאלי לבעיית השיר הבודד כמשאב מפוצל. למעשה, מדובר בפתרון יתר, ויש יסוד לסברה כי ברמת השיר הבודד בעיית הפיצול אינה אקוטית. ככלל, בעיית המשאב המפוצל מחריפה ככל שמספר בעלי זכות הווטו גדל,⁹⁴ אך מספר בעלי הזכויות בכל שיר לרוב אינו גדול. אך חשוב מכך, אף אם מידת הפיצול גדולה, כל אחד מבעלי הזכויות יכול לצפות מראש את השלכות הפיצול, ולחזות ששיר, שהזכויות בו תהיינה מפוצלות, לא ימצה את הפוטנציאל המסחרי הטמון בו. לפיכך בעלי הזכויות יכולים לצפות כי מימוש הפוטנציאל המסחרי של יצירותיהם יתאפשר רק אם יהפכו את השיר לחבילה זכויות באופן שאחד מהם, כל אחד מהם, או צד שלישי (למשל, מו"ל), יהיה רשאי להעניק הרשאות לחבילה במלואה. אמנם בדיעבד העלות הכרוכה בריכוז הזכויות במשאב שפוצל עלולה להיות גבוהה, ולעתים אף גבוהה מדי,⁹⁵ אך אין כל סיבה להניח שכוותה השוק אינם מצייבים ליוצרים תמריץ מספיק למנוע את פיצול היתר מלכתחילה. הסיבה לכך היא שבשוק תחרותי משתמשים יעדיפו לרכוש ולהשמיע שירים שניתן לקבלם,

הראשונים (כגון העברה או הרשאה), אחד מהם או צד שלישי יהיה רשאי להקנות לאחרים זכות כיצוע פומבי.

90. אף שככלל, בעלים משותף של זכות יוצרים רשאי להעניק לאחרים הרשאות בלי ידיעתו או הסכמתו של הבעלים האחר, חירות זו עשויה להיות מוגבלת על פי הסכמים שונים בין הבעלים המשותפים אשר יכולים לסבך את תהליך הרישוי, Sidney Shemel and William M. Krasilowsky, *This Business of Music: the Definitive Guide to the Music Industry* (2000), 208-212.

91. סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים.

92. סעיף 3א(א) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

93. להלכה, המבצעים אינם יכולים להטיל וטו שכן החוק מעניק להם רק זכות לדרוש תמלוגים ראויים, אולם לצורך פישוטו של הטיעון אתיחם אליהם כאילו הזכות שבידם היא זכות ווטו.

94. Yoon ו-Buchanan (לעיל, הערה 85), בעמ' 5.

95. Heller (לעיל, הערה 82).

תמורת תשלום, כחבילת זכויות נקייה מתביעות נוספות. בשוק תחרותי יהיה קל יותר לשווק שירים שיוצרו כחבילת זכויות נקייה, ויוצרים שייעשו כן (וכן מו"לים שידרשו זאת מהם) יהנו מיתרון תחרותי על פני יוצרים (ומו"לים) אחרים שיימנעו מכך. בשוק תחרותי אין זה בלתי מתקבל על הדעת שרק שירים שיוצרו כחבילת זכויות נקייה יוכלו לממש את הפוטנציאל המסחרי הטמון בהם.

ישנם שלושה גורמים נוספים המחזקים את הסברה כי מנגנוני השוק ממוערים את חריפותה של בעיית המשאב המפוצל ברמת השיר הבודד. האחד הוא שבמקרים רבים יצירתם של שירים היא תוצר של מאמץ משותף של מלחינים ותמלילנים אשר עובדים זה עם זה פרק זמן ממושך, והיותם שחקנים במשחק חוזר מקטינה את נטייתם להתנהג באופן אופורטוניסטי זה כלפי זה. הגורם השני הוא שלעתים קרובות הביצוע הפומבי הוא של שיר מוקלט, ולצורך הפקת התקליט כבר נדרשה הסכמת כלל בעלי הזכויות הרלוונטיים, כך שכבר עובר להפקה ניתנת בידיהם ההזדמנות להתקשר בהסדרים החוזיים הנדרשים לצורך מיצוי הפוטנציאל המסחרי של יצירותיהם. הגורם השלישי הוא שבעיית הפיצול אינה מוגבלת לביצוע פומבי אלא מתקיימת בנוגע לכל ניצול של יצירה מוגנת, גם ניצולים שניהולם אינו נעשה בדרך כלל בידי תאגידי לניהול משותף. אולם מסתבר כי אף שבעיית הפיצול נחשבת לבעיה קשה גם בניהול זכויות היוצרים האחרות, ישנם לא מעט מנגנונים המסייעים להתמודד אִתָּה שאינם ניהול משותף. אל קוהן (Al Kohn), ששימש במשך שנים רבות בתפקידים בכירים באחת מחברות המוזיקה הגדולות בעולם, Warner/Chappell Music, Inc., מספר בספרו כיצד התופעה של פיצול זכויות הקשתה על מפיקי סרטים ותכניות טלוויזיה שביקשו לשלב שירים בפס הקול, וכיצד התגבר על בעיה זו והצליח למצות טוב יותר את הפוטנציאל המסחרי של היצירות שהיה אחראי לניהולן. "יום אחד", הוא מספר, "נתחוויר לי כי אם אוכל לחבר ולהפיץ רשימה של שירים סטנדרטיים מן הקטלוג של Warner/Chappell, יהיה באפשרותנו להעניק להם הרשאות באופן פשוט ומהיר (כלומר בלי להודקק לרישיונות ממו"לים משותפים או ממחברים), מפיקים יעדיפו שירים מרשימה שכזו על פני שירים מהקטלוג של מו"לים אחרים. כך עשיתי".⁹⁶

המסקנה היא שכדי למנוע את טרגדיית המשאב המפוצל בשיר הבודד, יש צורך לאגד את כלל הזכויות באותו השיר; אין צורך לאגד לחבילה אחת את כלל השירים הקיימים בעולם, ויש מקום להניח כי כוחות השוק מספקים את התמריצים הנחוצים כדי שהיוצרים הבודדים יעשו זאת מלכתחילה. אין ספק שניהול משותף פותר את הבעיה, אך זהו פתרון יתר. כדי להשתמש בתיאוריית המשאב המפוצל כנימוק להצדקת ניהול משותף יש צורך להבהיר מדוע פתרונות תחרותיים שנמצאים יעילים לזכויות אחרות שבאגד זכויות היוצרים (כמו בדוגמה של Warner/Chappell) אינם ישימים או שהם יעילים פחות בנוגע לזכויות ביצוע פומבי. כמו כן יש להסביר מה עשוי למנוע מבעלי הזכויות ליצור חבילות זכויות נקיות, או לפחות מדוע פתרון שכזה נופל בטיבו מן הניהול המשותף. בהיעדר הסברים לכך, תיאוריית המשאב המפוצל, ככל שהיא מתייחסת לשיר הבודד, אינה מספקת הסבר מספק.

96. Kohn ו-Kohn (לעיל, הערה 18), בעמ' 95-96.

(ב) רשימות השמעה במשאב מפוצל

אפילו היו כלל היוצרים מאגדים את שיריהם כחבילות זכויות נקיות, עדיין ייתכן ששירים שונים (להבדיל מן הזכויות שבכל שיר) יהיו מוצרים משלימים בייצורו של מוצר או שירות אחרים (למשל, תכנית רדיו). בהיעדר רישוי קולקטיבי לכלל השירים שבמוצר או בשירות עלולה להתרחש טרגדיה. אם מסיבה כלשהי משתמש נדרש להשמיע שירים מסוימים בכמות וביחס קבוע, שירים אלה הם מוצרים המשלימים זה את זה. אם בנוסף, הזכות לבצעם בפומבי מנוהלת על ידי בעלים נפרדים, ואי-השמעת אחד השירים גורעת מערך יתר השירים, רשימת השירים הזו היא משאב מפוצל אשר גורלו עשוי להיות טרגי, שכן כל אחד מבעלי הזכויות יוכל להטיל ווטו על הפקת התכנית. ניהול משותף אפוא עשוי למנוע את הטרגדיה ולאפשר הפקתן של תכניות רבות יותר ובמחיר נמוך יותר.

הבעיה בטיעון זה היא שתקפותו תלויה בהתקיימותם של כמה תנאים נוקשים: שהמשתמש אכן נזקק לשירים מסוימים בלבד, בכמות מוגדרת וביחס קבוע. נשאלת השאלה אם יש מקום להניח באופן ריאליסטי כי תנאים שכאלה מתקיימים דרך קבע, או אפילו לעתים קרובות. התשובה על כך שלילית. כדי שרשימת ההשמעה תהיה משאב מפוצל יש צורך שהשירים יתפקדו כמוצרים המשלימים זה את זה. נכון הדבר שתחנת רדיו אינה יכולה להשמיע את אותו השיר עוד ועוד בלי להתיש את מאזיניה; אין ספק שהיא זקוקה למגוון של שירים. עם זאת, העובדה שתחנת הרדיו זקוקה למספר רב של שירים, ומוגבלת במספר הפעמים שהיא יכולה לשדר את אותו השיר שוב ושוב, לא בהכרח הופכת את השירים למוצרים משלימים במובן הכלכלי. כדי ששני מוצרים יהיו משלימים זה את זה, עלייה במחיר של אחד מהם, A, צריכה להביא לידי ירידה בביקוש למוצר האחר, B. לעומת זאת, אם האמרת מחירו של A מביאה לידי גידול בביקוש ל-B, הרי מדובר במוצרים תחליפיים. מכאן שמבחינת תחנת הרדיו השירים A ו-B יהיו משלימים רק אם מחיר גבוה יותר עבור שיר A יביא לידי הקטנת הביקוש לשיר B. תרחיש שכזה אינו נראה ממשי – ודאי אינו שכיח. יש להניח כי בדרך כלל תחנת רדיו (או כל משתמש אחר) נהנית מגמישות מסוימת בנוגע למבחר השירים שהיא מבצעת ובנוגע לתדירות ההשמעה. במצב שכזה, אם הבעלים של A מנסה להעלות את המחיר, יכולה תחנת הרדיו להשמיע את B מספר רב יותר של פעמים או בכלל להשמיע את C, D, או F תחתיו.⁹⁷ עליית המחיר של A לא בהכרח פוגעת אפוא בביקוש ל-B.

נכון הדבר שבמקרים מסוימים צירופי השירים B:C, B:D, או B:F יהיו אטרקטיביים פחות מן הצירוף B:A, ובמקרים שכאלה החלפתו של A ב-C, D, או F תביא לידי ירידה בביקוש ל-B, אולם אפילו במקרה כזה, כדי שבעל הזכויות ב-A יוכל לנסות לגבות מחיר גבוה יותר, עליו להיות מסוגל לאמוד בצורה מדויקת את העדפות תחנת הרדיו, שכן אחרת, בודעו כי C, D, או F קיימים, הוא מסתכן כי העלאת המחיר של A לא תגרום לתוספת הכנסה כמקווה, אלא לאבדן כל ההכנסה מ-A. מכאן שבטרם נוכל לקבוע שניהול משותף הוא פתרון, יש להשתכנע כי קיימת בכלל בעיה. אמנם תיאורטית ייתכנו מצבים שבהם

97. C, D, או F, לצורך זה אינם חייבים להיות שירים, אלא יכולים להיות גם תכנים אחרים (לדוגמה, מלל או פרסומת).

שירים שונים יהיו מוצרים המשלימים זה את זה ובמקרים שכאלה ניהול משותף יהא עדיף מניהול תחרותי, אולם כדי להצדיק ניהול משותף כנורמה, יש להשתכנע כי מקרים אלה הם התופעה השכיחה ולא החריג.

עם זאת ישנה גם אפשרות אחרת, שלא השירים הבודדים יהיו מוצרים המשלימים זה את זה, אלא שעקב אותם יתרונות לגודל, שבהם דנתי קודם לכן, ניהול הזכויות ייעשה על ידי מתווכים שונים (מו"לים, או חברות תקליטים, למשל) שינפיקו רישיונות גורפים לרפרטואר שלהם. במקרה כזה הבעיה בעוצה בריבוי המתווכים ולא בריבוי השירים, וייתכן, בעיקר בשים לב לריכוזיות הגבוהה המאפיינת את תעשיית המוזיקה,⁹⁸ שתחנת רדיו אינה יכולה לתפקד ולהתחרות כראוי בלי שיהיו בידיה רישיונות מכל אחד ואחד מן המו"לים או חברות התקליטים העיקריים. מצב שכזה יכול לבסס השערה שרישיון מכל מתווך הוא מוצר משלים לרישיון מן המתווכים האחרים, ומכאן קצרה הדרך לטרגדיה. אולם בשלב זה אין זו אלא השערה. כדי לאששה יש צורך בהבנה טובה יותר של מאפייני הפעילות של תחנות רדיו ומשתמשים אחרים. יש להבין מדוע באמת לא תוכל תחנת רדיו, בתגובה על ניסיון להעלות את המחיר מצדו של מו"ל אחד, לוותר על המוזיקה שלו ולהגדיל את השמעת המוזיקה של המו"לים האחרים או להמירה בתכנים אחרים.⁹⁹

(ג) תוכן שהופק מראש – המוזיקה שבתכנית או בסרט כמשאב מופצל ורישוי במקור סוג מקרים אחד, שנראה כי אכן מתקיימת בו תופעה של משאב מופצל, הוא אותם מצבים שבהם למשתמש אין כל שליטה בבחירת השירים שאותם הוא משמיע בפומבי. למשל, לבית עסק המשמיע ללקוחותיו מוזיקה המשודרת ברדיו או בטלוויזיה אין שליטה על מבחר השירים שישודרו; לבית קולנוע המקרין סרט אין שליטה על היצירות שישולבו בפס הקול. במקרים אלה, משהחליט המשתמש להשמיע תכנית רדיו או טלוויזיה כלשהם או להקרין סרט, כל זכויות היוצרים בהם הן מוצרים משלימים; כל אחד מבעליהם יכול להטיל ווטו על השמעת התכנית או הקרנת הסרט ולמשתמש אין כל תחליף (למעט הימנעות מהשמעת התכנית או מהקרנת הסרט). אם מספר בעלי זכויות היוצרים גדול דיו, טרגדיית המשאב המופצל עלולה להיות בלתי נמנעת, ורישיון גורף שיינתן על ידי תאגיד לניהול משותף אכן נראה כפתרון עדיף מניסיון לנהל משא ומתן עם כל אחד מבעלי הזכויות. אולם מסקנה זו מבוססת על ההנחה כי הברירה היא בין ניהול משותף מטעם כל היוצרים ובין ניהול פרטני על ידי היוצרים הבודדים, אך יש אפשרויות נוספות. כפי שאראה להלן, לפחות בנוגע לחלק מן המקרים שבהם למשתמש אין שליטה במבחר היצירות המושמעות, קיימות חלופות תחרותיות יותר.

98. חלק 3.ז להלן.

99. ככל שקיימות אינדיקציות אמפיריות למאפיינים אלה, הן מלמדות כי הדבר יכול להיעשות. באחרונה, למשל, דווח כי אחת מתחנות הרדיו חדלה לשדר את השירים המצויים ברפרטואר הפי"ל בתגובה על הניסיון להעלות את מחיר הרישיון הגורף ל-2% ממחזור התחנה. שגיא בן בון, "חודד, בוסקילה, וגולן לא יושמעו ב'רדיו ללא הפסקה'", הארץ (6.1.2005).

אחת מחלופות אלה היא רישוי במקור. רישוי במקור יכול להתקיים כאשר המוויקה המושמעת מוקלטת מראש על גבי תקליט או כפסקול של סרט. לצורך הפקת התקליט או הסרט נדרש המפיק לרישיון מבעלי זכויות היוצרים. אם בנוסף לזכות להפיק את התקליט או את הסרט ניתנת למפיק גם הזכות לבצע את המוויקה בפומבי ולהרשות לאחרים לעשות כן, הרי זכות הביצוע הפומבי הורשתה במקור. הואיל ומרבית ההשמעות הפומביות המתבצעות כיום הן השמעות של מוויקה שהוקלטה מראש (להבדיל מביצוע חי), והואיל והמשתמש ממילא צריך לרכוש עותק חוקי של התקליט או הסרט, רישוי במקור יכול לשמש כחלופה מציאותית לניהול משותף. הטעם לכך שרישוי במקור פותר את בעיית המשאב המפוצל היא שלרוב, בטרם הופקו התקליט או הסרט, לכל שיר שהמפיק שוקל להקליט ישנן כמה חלופות קרובות ועל כן מפיק התקליט נושא ונותן בתנאי תחרות. אם באותו שלב המפיק מנהל גם משא ומתן בנוגע לזכות הביצוע הפומבי, הרי אותם תנאי תחרות יכתיבו גם את תנאי הביצוע הפומבי. הואיל ועובר להפקה אין אף לבעל זכויות אחד זכות ווטו, בעיית המשאב המפוצל נפתרת מראש, בלי להתעורר כלל.

יתרה מזו, רישוי במקור פותר לא רק את קשיי הרישוי, אלא גם את בעיות הניטור והאכיפה, הואיל ובעל הזכויות אינו צריך לגבות תמלוגים מן המשתמש אלא רק מן המפיק. הואיל והביצוע הפומבי כבר מורשה והתמלוגים בגינו מגולמים במחיר שמשלם המשתמש למפיק, דאגתו היחידה של בעל הזכויות היא להבטיח שהמפיק ימלא את תנאי הרישיון (כלומר ישלם את התמלוגים או הסכום הקבוע עבור זכות הביצוע הפומבי של המוויקה). מן הסתם, דאגה זו אינה כרוכה בעלות אכיפה נוספת שכן יש להניח כי הרישיון להפיק את התקליט או לשלב את המוויקה בפסקול ממילא כולל גם מנגנון לתשלום תמלוגים על ידי המפיק לבעל הזכויות.

למרות כל זאת, רישוי במקור הוא תופעה נדירה, ולמרות יתרונותיו אין זה מפתיע כי בעלי זכויות היוצרים נמנעים מלהשתמש בו. יש לכך סיבות אחדות. ראשית, הואיל ולפני הפקת התקליט או הסרט קשה להעריך את הפוטנציאל המסחרי שבו, וקשה להעריך את התועלת שצדדים שלישיים (משתמשים) יפיקו מן המוויקה שבו, עשוי להיווצר קושי בקביעת הסדר שיחשב מראש את שיעור התמלוגים האופטימלי. שנית, המפיק אשר מקבל מבעל הזכויות רישיון לביצוע פומבי על ידי המשתמשים עשוי להיות בעל יכולת פחותה לקיים מערך של הפליית מחיר ששיא את שיעור התמלוגים הנגבה עבור המוויקה. כדי שהמפיק יוכל לקבוע מחירים באופן מפלה, עליו להיות מסוגל לאמוד את העדפות המשתמשים ולמנוע ארביטרוז', אולם אין זה מובן מאליו שיכולתו לעשות זאת גדולה מזו של בעל הזכויות.¹⁰⁰ לעומת זאת, כאשר זכות הביצוע הפומבי ניתנת בנפרד, קל יותר

100. למשל, מחבר השיר יכול להעניק למפיק התקליט - חברת התקליטים - הרשאה למכור עותקים הכוללים את זכות הביצוע הפומבי, וחברת התקליטים עשויה לנסות למכור את התקליטים במחיר שונה למשתמשים שונים: מחיר גמוך למספרה, מחיר ביניים לדיסקוטק ומחיר גבוה לתחנת רדיו. אם שיעור התמלוגים שיקבל המחבר ייגזר מהכנסות חברת התקליטים, המחבר יקבל הכנסה גבוהה יותר ממכירת התקליט לתחנת הרדיו, הכנסה בינונית מהמכירה לדיסקוטק והכנסה נמוכה מן המספרה. אולם בעל הדיסקוטק עשוי להתחזות לבעל

לקיים מערך יעיל של הפליית מחיר. הפרדת זכות הביצוע הפומבי מן היצירה עצמה מחייבת את המשתמש לגשת אל בעל הזכות (תאגיד הניהול המשותף לצורך זה) ולגלות פרטים בנוגע לשימוש שהוא מתכוון לעשות ביצירה ובנוגע להכנסותיו, והרישיון שניתן הוא לרוב בלתי עביר, כך שאין יכולת לבצע ארביטראז'.¹⁰¹ שלישית, במצב של רישוי במקור המפיק משמש כסוכן של בעל הזכות לצורך גביית תמלוגים בגין ביצוע פומבי אולם אין זה הכרחי כי האינטרסים של שניהם יהיו חופפים במלואם, ועל כן עשויות להתעורר בעיות נציג שונות שיפחיתו את שיעור התמלוגים שבהם יזכה בעל זכות היוצרים.¹⁰² רביעית, גם אם ניתן היה להתגבר על קשיים אלה באמצעים סבירים, חוזיים או אחרים, החיסרון הגדול לבעל זכות היוצרים במצב של רישוי במקור הוא שמכיוון שלפני ההפקה המפיק נושא ונותן עמו בתנאי שוק תחרותיים למדי, שיעור התמלוגים שהוא יוכל לדרוש בגין ביצוע פומבי יהיה קרוב לוודאי נמוך במידה ניכרת מזה שניתן יהיה לגבות מן המשתמש בדיעבד, לאחר שהסרט או התקליט כבר הופקו. הן רישוי במקור והן ניהול משותף פותרים את בעיית המשאב המפוצל במקרים אלה, אבל שיעור התמלוגים שיכול בעל הזכויות לגבות במקרה הראשון הוא שיעור תחרותי ואילו בניהול משותף הוא יזכה בשיעורם המוגזף פוליסטי.

אם רתיעתם של בעלי הזכויות מרישוי במקור עשויה להיות מובנת בהתחשב באינטרס שלהם להשיא את הכנסותיהם, קרוב לוודאי שמדובר בפרקטיקה היכולה להיטיב עם צרכני המוזיקה ולשמש להם חלופה יעילה לניהול משותף. עם זאת, קובעי המדיניות במדינות השונות מתעלמים בדרך כלל מקיומה של חלופה זו. חריג נדיר להתעלמות זו הוא תעשיית הקולנוע בארצות הברית. בעקבות שני פסקי דין שניתנו בשנת 1948 בתביעות שהגישו בעלי בתי קולנוע, ואשר נקבע בהם כי פעולותיה של ASCAP מפרות את דיני ההגבלים העסקיים, נאלצו בעלי זכויות היוצרים להימנע מלפעול במשותף במשא ומתן עם בתי הקולנוע ובמקום זאת החלו להעניק רישיונות במקור למפיקי הסרטים.¹⁰³ הסדרים אלה שולבו בהמשך בצו המוסכם משנת 1950. ניסיונות להייב את בעלי הזכויות להנהיג הסדרים דומים גם בתחום הטלוויזיה לא צלחו לעת עתה.¹⁰⁴

מספרה, ואף לרכוש עותק נוסף ולמכור אותו לתחנת הרדיו. חברת התקליטים יכולה לנסות למנוע זאת בדרכים שונות, אולם אין הכרח כי תצליח, הואיל וזכות הביצוע הפומבי צמודה לעותק הפיזי.

101. לעיל, הערה 50 והטקסט הנלווה.

102. למשל, אם מדובר בסרט ושיעור התמלוגים לבעל הזכות מחושב לפי הכנסות המפיק מן הסרט, אך המפיק הוא גם הבעלים של בית הקולנוע, הוא עשוי להזיל את מחיר הכרטיס כדי להרוויח יותר ממכירת פופקורן וכך להקטין את ההכנסה החייבת בתשלום תמלוגים ולהגדיל את רווחיו.

103. *Alden-Rochelle, Inc., v. American Soc. of Composers, Authors and Publishers*, 80 F. Supp. 888 (S.D.N.Y. 1948); *M. Witmark & Sons v. Jensen*, 80 F. Supp. 843 (D. Minn. 1948) appeal dismissed, 177 F. 2d 515 (8th Cir. 1949).

104. *Buffalo Broadcasting Co., Inc. v. American Soc. of Composers, Authors and Publishers*, 744 F.2d 917 (2nd Cir. 1984). במקרה זה קבע בית המשפט כי תחנות הטלוויזיה בכבלים

אף שחלופת הרישוי במקור יושמה עד כה רק בתעשיית הקולנוע ורק בארצות הברית,¹⁰⁵ מדובר בדוגמה המכילה לקח חשוב. ראשית, דוגמה זו ממחישה כי קיומם של הסדרים תחרותיים הלופיים לניהול המשותף אינו אפשרות תיאורטית בלבד. שנית, וחשוב מכך, אם אין הבדלים משמעותיים בין הכלכלה של רישוי המוזיקה בארצות הברית ובין הכלכלה של רישוי המוזיקה מחוצה לה, או בין רישוי מוזיקה לבתי הקולנוע או תחנות טלוויזיה, הרי תיאוריית המונופולין הטבעי צריכה הייתה לחול בכל המקרים. אם כך הדבר, הרי האיסור שהוטל על ניהול משותף בתחום הקולנוע בארצות הברית לפני למעלה מחמישים שנה היה צריך ליצור שוק בלתי יעיל לחלוטין, וניתן היה לצפות כי חוסר יעילות זה יהיה גלוי לעין ויזכה לביקורת. עם זאת, אף אחד מהמצדדים בניהול משותף אינו טוען כי הוראות הצו המוסכם העוסקות בתעשיית הקולנוע שגויות וראויות לשינוי; נושא זה אינו זוכה בדרך כלל ללתייחסות – אולם אם תחום זה – רישוי מוזיקה לתעשיית הקולנוע בארצות הברית – לא בהכרח מתאפיין בתכונות של מונופולין טבעי, והאיסור לבצע ניהול משותף בתחום זה מוצדק, הרי איסור דומה צריך לחול לפחות באותן תעשיות שלהן מאפיינים דומים.

סיכומו של דבר, תיאוריית המשאב המפוצל מספקת לכאורה טיעונים משכנעים להצדקתו של ניהול משותף. עם זאת, בחינה מעמיקה יותר מגלה כי בעוד תיאורטית מצב שבו זכויות היוצרים מפוצלות בין מספר רב של בעלים אכן עשוי להביא לידי חוסר יעילות, מחירים גבוהים יותר ותת-שימוש, במקרים רבים כוחות השוק מספקים תמריצים מספקים לבעלי הזכויות ליצור הסדרים שיתגברו על בעיות אלה, גם בלא ניהול משותף. אין בכך כדי לשלול את הייתכנות של מצבים שבהם ניהול משותף יהיה הפתרון האופטימלי, אולם נראה כי נדרשת בחינה מעמיקה יותר של החלופות השונות בהקשרן של תעשיות שונות בטרם ניתן יהיה לקבוע אם מצבים אלה הם אכן תופעה כללית המצדיקה שניהול משותף יהיה הנורמה, או שמא אין מדובר אלא בתופעה שהיקפה מצומצם.

מן ההיבט המעשי, גם אם ניתן להצדיק ניהול משותף על בסיס תיאוריית המשאב המפוצל, הרי במציאות אף תאגיד אחד אינו פותר את הבעיה במלואה. במצב שבו ארגון כגון אקו"ם מנהל רק את זכויותיהם של המחברים ואילו ארגון כגון הפדרציה מנהל רק את זכויותיהם של חלק ממפיקי התקליטים, בעוד זכויות המפיקים האחרים מנוהלות על ידי

לא הוכיחו כי לא היה ביכולתן לדרוש רישיון במקור ועל כן סירב לפסוק כי פעולותיה של ASCAP בלתי חוקיות. לעומת זאת, ב-*Broadcast Music, Inc., v. Hearst/ABC Viacom*, 746 F. Supp. 320 (S. D. N. Y. 1990) *Entertainment Services* קבע בית המשפט כי ההחלטה בעניין *Buffalo* נסמכה על עובדות המקרה הספציפי וציון כי אם יוכח כי מתן הרישיון הגורף על ידי BMI מתמרץ את בעלי הזכויות שלא להעניק רישיונות במקור, הרי ייתכן שמדובר בפרקטיקה אנטי-תחרותית. עם זאת, הצו המוסכם מ-2001 מכיל כמה הוראות המרחיבות את החובה של ASCAP וחבריה לאפשר רישוי במקור בכמה מקרים נוספים. ראו הצו האחרון בעניין ASCAP (לעיל, הערה 23), בסעיף V.

105. Kohn ו-Kohn (לעיל, הערה 18), בעמ' 791. מביאים בספרם דוגמה של רישיון סינכרוניזציה לצורך ביצוע קולנועי וטלוויזיוני. הרישיון כולל את הזכות לשלב את השיר בפס הקול של

הפיי"ל, כלומר כאשר המשתמש נדרש לרישיון משניים ולעתים משלושה תאגידים לניהול משותף (ועשוי להידרש לשלם גם תמלוגים לארגוני המבצעים), השמעתה של מוזיקה נותרת משאב מפוצל, למרות קיומו של הניהול המשותף.¹⁰⁶

3. צד הביקוש – הפחתת עלויות החיפוש וההתקשרות

עסקים המבקשים להשמיע מוזיקה בפומבי זקוקים לרוב למגוון יצירות ועל כן זקוקים לרישיונות ביצוע פומבי ממספר רב של בעלי זכויות יוצרים. בחלק מן המקרים מדובר באלפי יצירות ואלפי בעלי זכויות.¹⁰⁷ לו נהלו זכויות הביצוע הפומבי על ידי היוצרים עצמם, כל משתמש היה צריך לאתר, ואחר כך לשאת ולתת עם כל אחד מבעלי הזכויות, ויש להניח כי במקרים רבים עלויות העסקה הכרוכות בכך היו עולות על התועלת שהייתה צומחת למשתמש מהשמעתה של כל יצירה.¹⁰⁸ ניהול משותף יוצר כתובת אחת (one-stop shop), שהמשתמש צריך לשאת ולתת עמה, ועל כן מפחית עלויות אלה. יתרה מזו, יש להניח כי חלק ניכר מן המשתמשים מבקשים להשמיע מוזיקה, ולקבוע את מגוון המוזיקה שיושמע, באופן ספונטני.¹⁰⁹ לכן אפילו היה ניתן לנהל את זכויות הביצוע באופן פרטני, לא היה אפשר במקרים אלה להעניק רישיון מבעוד מועד, ומשתמש שהיה מבקש להשמיע מוזיקה באופן ספונטני וחוקי, לא היה יכול לעשות כן. תאגיד הניהול המשותף פותר קושי זה באמצעות הרישיון הגורף המאפשר, באמצעות עסקה אחת, גישה בלתי מוגבלת אל כלל היצירות שברפרטואר התאגיד, שלרוב הנו כלל היצירות המוגנות. אולם טיעון זה מעורר את שאלת הביצה והתרנגולת: האם הניהול המשותף והרישיון הגורף הם אכן מענה לרצונם של משתמשים שתהיה בהישג ידם גישה מיידית ובלתי מוגבלת אל כלל היצירות המוגנות או שמא בהינתן ניהול משותף, משתמשים מנצלים את החופש שהניהול המשותף והרישיון הגורף מקנים להם, אך לא בהכרח היו בוחרים בצורת התקשרות זו לו

הסרט, ליצור עותקים ממנו ולבצעו בפומבי, אך רק בבתי קולנוע ובמקומות ציבוריים אחרים בארצות הברית. הרישיון מציין במפורש כי ביצוע טלוויזיוני בארצות הברית אינו כלול ברישיון, אלא אם כן הביצוע הטלוויזיוני נעשה על ידי ישות שיש לה רישיון נפרד מאחד התאגידים לניהול משותף או ישירות מהמו"ל, וכן כי אין הוא מתיר ביצוע פומבי מכל סוג שהוא מחוץ לארצות הברית אלא אם כן בידי המשתמש רישיון נפרד מטעם תאגיד לניהול משותף בארצו.

106. אם אכן תיאוריית המשאב המפוצל מצדיקה את הניהול המשותף, אפשר שמוטב היה לכולם, הן לבעלי הזכויות והן למשתמשים, לו היה תאגיד-על אחד מייצג את כל בעלי הזכויות הרלוונטיים לביצוע פומבי. ראו, למשל: Daniel J. Gervais and Alana Maurushat, "Fragmented Copyright, Fragmented Management: Proposals to Defrag Copyright Management", 2 *Can. J. L. & Tech.* (2003) 15.

107. למשל, WIPO (לעיל, הערה 21).

108. עניין הפרוצדורה (לעיל, הערה 1), בפסקה 53.

109. ראו: עניין BMI (לעיל, הערה 7), בעמ' 20: "Most users want unplanned, rapid, and indemnified access to any and all the repertory of compositions"

עמדו לרשותם חלופות זולות יותר. לצורך המהשה, תחנת רדיו או אולם שמחות המשמיעים מוזיקה לפי בקשת הקהל זקוקים לרישיון גורף המכיל את כל היצירות אם אכן ברצונם להיענות לכל בקשה מן הקהל.¹¹⁰ עם זאת, היכולת להיענות לכל בקשה לא בהכרח חיונית למודל העסקי שלהם. במקרה של תחנת רדיו, מרבית התכניות מוקלטות מראש, וגם באלה המשודרות בשידור חי, המוזיקה המושמעת נקבעת מראש – ספונטניות כמעט אינה קיימת. אך גם במקרה של תקליטן שומר חוק באולם שמחות, אין זה בלתי מתקבל על הדעת שתשובתו לבקשה להשמיע שיר כלשהו תהיה "מצטער, אין באפשרותי להשמיע שיר זה".¹¹¹ ודאי יש תועלת בחירות שמעניק הרישיון הגורף הניתן על ידי תאגיד לניהול משותף. השאלה היא אם תועלת זו שווה את המחיר שהמשתמשים – בהיעדר אלטרנטיבה – נדרשים לשלם עבורה.

נקודת תורפה נוספת בטיעון הפחתת עלויות החיפוש וההתקשרות היא ההנחה שמכיוון שקיימים אלפי שירים ואלפי מחברים, קיימים גם אלפי בעלי זכויות שעמם צריך המשתמש לשאת ולתת. זוהי הנחה שגויה. קיום אלפי מחברים אינו מחייב את המשתמש לשאת ולתת עם כולם. הדוגמה הבאה תמחיש זאת. סבתי אסתר איזקסון הייתה משוררת, אם כי שאיפותיה בתחום השירה היו צנועות. למרות זאת היא פרסמה אחדים משיריה,¹¹² ובשלב כלשהו, כך סיפרה לי אמי, אף הצטרפה לאקו"ם. כאשר מדובר ברפרטואר אקו"ם, המכיל אלפי יצירות ויוצרים, מדובר גם בסבתי ושיריה. במניין היוצרים, משקלן של סבתי, של יוצרת כמו מדונה, ואפילו של נעמי שמר, זהה, ובמניין היצירות משקלן עשוי להיות דומה, אך לצערה הרב של סבתי (ולצער יורשיה), ביצוע פומבי של השירים שכתבה הוא אירוע כה נדיר, עד שהכללת סבתי ושיריה בניתוח מבנה השוק היא מעשה לא אחראי. הדוגמה ממחישה כי הנתונים הרלוונטיים אינם מספר החברים ומספר היצירות שברפרטואר תאגיד הניהול המשותף, וגם לא מספר היוצרים והיצירות ששולמו תמלוגים כלשהם מביצועם הפומבי. כדי לבחון את השאלה, מהו מספר בעלי הזכויות שעמם צריך היה משתמש לשאת ולתת בהיעדר גיהול משותף, הנתון המשמעותי יותר הוא אופן התפלגות התמלוגים בין בעלי הזכויות שזכו לתמלוגים בגין השמעת יצירותיהם. בחינה קרובה יותר של נתונים אלה מגלה שמיעוט זעום מקרב כלל בעלי הזכויות המיוצגים על ידי תאגידים לניהול משותף מקבל את חלק הארי של התמלוגים. בפסק הדין בעניין *Buffalo Broadcasting v. ASCAP*,¹¹³ צוין כי בשנת 1979 רק 13% מכלל המו"לים החברים ב-ASCAP ו-BMI זכו לתמלוגים כלשהם בגין שידורי טלוויזיה, ו-0.8% מכלל המו"לים זכו ליותר מ-75%

110. דוגמה זו ניתנה על ידי: Herbert Hovenkamp, Mark D. Janis and Mark A. Lemley, *IP and Antitrust: An Analysis of Antitrust Principles Applied to Intellectual Property Law* (2002), בפסקה 22.5.

111. מובן כי בלא אכיפה מספר התקליטנים (או משתמשים מכל סוג אחר) שיקפידו שלא להשמיע תקליט שלא נתקבל רישיון להשמעתו יהיה קטן, אך כפי שציינתי קודם, גם אם יש תועלת באכיפה קולקטיבית, אין הכרח ברישוי קולקטיבי.

112. אסתר איזקסון, *בימי ענות: שירים* (דפוס ספר, תש"ה).

113. *Buffalo Broadcasting Co., Inc. v. ASCAP* 546 F. Supp. 274 (D.C.N.Y. 1982).

מהתמלוגים.¹¹⁴ בבריטניה נמצא כי ב-1993 1.3% מהמחברים החברים ב-Performing Rights Society (PRS) שהכנסתם הייתה הגבוהה ביותר זכו ב-41% מהתמלוגים, 19.5% מהחברים בעלי ההכנסה הגבוהה ביותר זכו ב-92% מהתמלוגים, ואילו 7900 מחברים, למעלה ממחצית, לא זכו אף בהשמעה אחת המזכה בתשלום תמלוגים. אופן התפלגות התמלוגים בין המו"לים החברים ב-PRS דומה.¹¹⁵

הממצא כי בפרקי הזמן שנבדקו מספר קטן מאוד של בעלי זכויות זכה בחלק הארי של התמלוגים בגין ביצוע פומבי עולה בקנה אחד עם תופעת כוכבי העל המאפיינת תחומי יצירה שונים.¹¹⁶ עם זאת, מקיומה של תופעה זו נובע רק כי בכל זמן נתון יהיה מספר מצומצם של להיטים ומספר מצומצם של בעלי זכויות שיקבלו תמלוגים בגינם. אולם המשתמש לא בהכרח יודע אילו שירים יהיו להיטים ועם מי מבעלי הזכויות עליו להתקשר, במיוחד משום שאורך החיים של רוב הלהיטים קצר למדי.¹¹⁷ עצם העובדה שמספר קטן מאוד של יוצרים זוכה למרבית ההשמעות ומקבל את מרבית התמלוגים אינו מבטיח אפוא שמספר בעלי הזכויות, שעמם יש להתקשר, קטן מאוד גם הוא. כדי שכך יהיה הדבר, צריך להתקיים תנאי נוסף: שלמרות התחלופה הגבוהה של השירים, מספר בעלי הזכויות האחראים לשירים אלה יהיה מצומצם. אם, למשל, מרבית השירים (שנכתבים על ידי מחברים רבים) מגיעים בסופו של דבר לשוק באמצעות מספר מצומצם של מתווכים, ייתכן שהיתרוגות שבניהול המשותף אינם כה מובהקים. כפי שאראה להלן, יש להניח שאכן זה המצב.

למעשה, תעשיית המוזיקה ריכוזית בהרבה מהתמונה המבוזרת העולה מן השיח על אודות תאגידי לניהול משותף. בעוד היצע המקורות היצירתיים (כלומר היוצרים) הוא מבוזר למדי – אכן יש אלפי יוצרים – מסתורן של יצירות אלה נעשה לרוב באמצעות מו"לים למוזיקה וחברות תקליטים. הנוהג המקובל בתעשיית המוזיקה הוא שיוצר מתקשר בהסכם עם מו"ל למוזיקה ובהסכם זה הוא מתחייב להקנות למו"ל את כל זכויותיו ביצירות, בתמורה לשירותים שיעניק לו המו"ל ולתשלום חלק מסך התמלוגים שיגבה המו"ל.¹¹⁸ חריג שכיח הוא זכויות הביצוע הפומבי, אשר עשויות להינתן לתאגיד לניהול משותף או שהתשלום בגינן ייעשה ישירות על ידי התאגיד, ולא באמצעות המו"ל.¹¹⁹

114. שם, בעמ' 284.

115. Monopolies and Mergers Commission, *Performing Rights – A Report on the Supply in the UK of the Services of Administering Performing Rights and Film Synchronisation Rights* (1996) 65.

116. Posner ו-Landes (לעיל, הערה 25), בעמ' 65. וכן: Sherwin Rosen, "The Economics of Superstars", 71 *Am. Econ. Rev.* (1981) 845.

117. Gregory J. Sidak and David E. Kronemyer, "The 'New Payola' and the American Record Industry: Transaction Costs and Precautionary Ignorance in Contracts for Illicit Services", 10 *Harv. J. L. & Pub. Pol'y* (1987) 521, p. 527 (המחברים מציינים כי מרבית התקליטים מפסיקים להימכר בצורה אפקטיבית בתוך שלושה חודשים מהוצאתם לאור).

118. Kohn ו-Kohn (לעיל, הערה 18), בעמ' 91.

119. שם, שם.

בענף המו"לות העולמי פועלים שלושה סוגי מו"לים: המו"לים הרב-לאומיים (ה"מייג'ורס"), מו"לים עצמאיים, ויוצרים-מו"לים המנהלים את זכויותיהם בכוחות עצמם. כל אחד מהמו"לים מהקטגוריה הראשונה, המייג'ורס, הוא חטיבה מתוך אחת מקבוצות המוזיקה הרב-לאומיות: BMG-1 Warner, EMI, Universal, Sony¹²⁰, וברפרטואר המנוהל על ידי כל אחד מהם ישנם מאות אלפי שירים.¹²¹ בקטגוריה השנייה המספר הגדול ביותר של מו"לים - אך לא בהכרח מספר כה רב של שירים - ורובם מקבלים חלק מפונקציות המו"לות באמצעות המייג'ורס לפי הסכמים שונים ביניהם.¹²² עם הקטגוריה השלישית גמנים כמה יוצרים שוכו להצלחה מסחרית גדולה, כגון בוב דילן, ברוס ספרינגסטין או ניל דיאמונד, המנהלים את זכויותיהם בעצמם, אך גם אלה מתקשרים לרוב עם אחד המייג'ורס או ישירות עם מו"לים זרים, כשמטרתם היא לנצל את נוכחותם הבולטת בשוק המוזיקה ולקבל בכל מקרה את השירות והעסקה הטובים ביותר.¹²³ בסופו של דבר מרבית השירים המושמעים מנוהלים במישרין או בעקיפין על ידי המייג'ורס,¹²⁴ ומכאן שאין זה בלתי סביר שהתקשרות ישירה בין מו"ל ובין משתמש תהיה מעשית לחלק ניכר מן המשתמשים במוזיקה ובנוגע לחלק ניכר מן השירים.

כשמדובר בזכויות יוצרים ברשומת קול, כאשר הבעלות נתונה בידי חברות התקליטים, התמונה דומה, שכן המייג'ורס הם קבוצות העוסקות הן בצד המו"לות והן בצד ההפקה, אך המסקנה בדבר ייתכנותה של התקשרות ישירה ברורה שם עוד יותר, הואיל ומלכתחילה זכויות היוצרים נתונות בידי חברות התקליטים, ומספר חברות התקליטים נמוך במידה ניכרת ממספר המחברים של השירים שהן הפיקו. בישראל התמונה מובהקת עוד יותר, שכן שלוש חברות תקליטים: אן.אם.סי., הד ארצי והליקון, שולטות בעיקר הרפרטואר המושמע, הן המקומי והן הזר.¹²⁵ מסיבה זו נראה כי הנחת המוצא בפסק דין הפדרציה, שהתקשרות פרטנית אינה מעשית בשל עלויות ההתקשרות הפרוהיביטיביות הנובעות מביזור בעלי הזכויות, טעונה בחינה מחודשת. לזכותו של בית הדין ייאמר כי הנחה זו

120. לאחרונה Sony ו-BMG מיזגו את עסקי הפקת התקליטים שלהם אך המיזוג לא כלל את עסקי המו"לות. ראו: החלטת הנציבות האירופית המאשרת את המיזוג Case No. COMP/M.3333 *Sony /BMG* - נמצא ב: [URL: <http://europa.eu.int/comm/competition/mergers/cases/>; .decisions/m3333_en.pdf]

121. Kohn ו-Kohn (לעיל, הערה 18), בעמ' 68, מעריכים כי הקטלוג של Warner/Chappell ו-EMI Music מכיל למעלה מ-500,000 שירים כל אחד.

122. שם, בעמ' 87.

123. שם, שם.

124. התערוכות הן שתאגידי המוזיקה הרב-לאומיים חולשים על למעלה מ-80% משוק המוזיקה העולמי.

125. החלטה לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, בדבר אימתן פטור מאישור הסדר כובל - הסכם בין אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ, לבין הד ארצי בע"מ ולבין הליקון בע"מ (החלטה מיום 12.2.2002) בעמ' 4, 6 ו-8. [URL: <http://www.etype.co.il/Anti1/Files/2119/>].503008284.pdf]

הייתה מקובלת על כל הצדדים והיא גם ההנחה המקובלת בכל הספרות והפסיקה העוסקות בתחום. אולם בסופו של דבר גם הנחות מקובלות, אף שהנטייה לשוב ולהשתמש בהן מובנת, ראויות מדי פעם לאוורור ולבהינה אמפירית.

שני טיעוני נגד אפשריים בהקשר זה. האחד הוא, שאף שעלויות ההתקשרות הפרטנית הן לא בהכרח פרוהיביטיביות, עדיין מושג היסכון אבסולוטי עקב ריכוז הניהול בידי תאגיד אחד. התשובה על טיעון זה נעוצה באיזון שבין התועלת הצפויה מהפחתת עלויות זו ובין הנזק שבהיעדר תחרות. גם הקרטל הפוגעני ביותר עשוי לתרום לחיסכון מסוים בעלויות אם חבריו יאחדו חלק ממערכיהם, אולם לרוב אפשרות זו בלבד לא תהיה מספיקה כדי לאשרו, בהתחשב בנזק. כך, למשל, אם חברות כגון "עלית" או "אוסם" יבקשו לאחד את מערכי השיווק וההפצה שלהן בחברה היפותטית בשם "עלית-אסם מזון", אין ספק כי תיחסכנה עלויות כלשהן עקב ביטול כפילויות ומשום שלקוחותיהן יצטרכו מעתה לשאת ולתת רק עם חברה אחת במקום עם שתיים. עם זאת, קרוב לוודאי שהנזק הצפוי מהפחתת התחרות בין שתי החברות יעלה על התועלת שבהפחתת העלויות.

טיעון נגד שני הוא שגם אם התקשרות פרטנית היא אופציה מעשית, היא מעשית רק עבור חלק מהמשתמשים – רק עבור הגדולים שבהם, כגון תחנות רדיו, ועבור מו"לים או חברות תקליטים גדולות, אך אין היא מעשית עבור משתמשים קטנים ועבור בעלי זכויות קטנים, אשר בהיעדר ניהול משותף לא יוכלו להתקשר זה עם זה. בלי להיכנס לפירוט יתר, התשובה על טיעון זה היא שמצד ההיצע, אם יש יתרונות לגודל, בעלי הזכויות הקטנים יכולים להסתייע בשירותיהם של הגדולים או בשירותיהם של מתווכים אחרים, כפי שהם עושים ממילא, ומצד הביקוש – צד המשתמשים – גם אם הפתרון היחיד עבורם הוא ניהול משותף, הרי ניתן לצמצם את היקף הניהול המשותף רק כלפי משתמשים אלה ואין הצדקה לקיים ניהול משותף גם עבור האחרים.

ניתן להקשות עוד יותר ולטעון שאם הניהול המשותף יצומצם רק למקטע המשתמשים הקטנים, היקף התמלוגים, שניתן יהיה לגבות, לא יכסה את העלות הקבועה הכרוכה בניהול משותף,¹²⁶ וכן שצמצום הניהול המשותף רק לשוק המשתמשים הקטנים יביא לידי מצב לא הוגן שבו דווקא המשתמשים הגדולים ייהנו משוק תחרותי ואילו המשתמשים הקטנים יאלצו לשאת ולתת עם בעל מונופולין. התשובה על טיעונים אלה היא שיהיה זה אקט מוזר של סולידריות חברתית לכפות מונופולין על המשתמשים הגדולים רק בשל העובדה שהמשתמשים הקטנים נאלצים לשאת ולתת עם בעל מונופולין,¹²⁷ וכי אם גובה עלויות ההתקשרות מונע קיומן של עסקאות, ניתן מלכתחילה לפטור את אותם משתמשים

126. ASCAP, למשל, לא הצליחה בשנותיה הראשונות לכסות את עלויותיה. השינוי התרחש בשנות ה-20 של המאה ה-20, עם התפתחות הרדיו. הסכומים הגבוהים בהרבה שניתן היה לגבות מתחנות הרדיו אפשרו לארגון לעבור מהפסד לרווח. ראו: Ruth Charles, "ASCAP: A Half Century of Progress", 11 *Bull. Copyright Soc'y U.S.A.* (1964) 133, pp. 137-138.

127. באופן דומה, תנות מכולת בכפר מרוחק, שתושביו עניים, עשויה ליהנות ממונופול מקומי ולגבות מחירים גבוהים יותר מאלו הנגבים מתושביה העשירים יותר של העיר הגדולה, שבה

מהחובה לשלם תמלוגים, באמצעות הוראת הוק ספציפית¹²⁸ או מכוח עקרונות כלליים, למשל באמצעות דוקטרינת השימוש ההוגן.¹²⁹

4. צד הביקוש – ניהול משותף ככלי למזעור הסיכונים הכרוכים בשימוש ייתכן שמבחינת המשתמשים, חשיבותו של הרישיון הגורף לא בהכרח נובעת מהגישה שהוא מקנה להם למגוון רחב של יצירות אלא בעיקר מן העובדה שהרישיון הגורף המוצע על ידי תאגיד לניהול משותף מגן עליהם מפני תביעות מצד בעלי זכויות שונים, שכן למעשה, גם אם לא להלכה, למשתמשים יש גישה למוזיקה מצד שרכשו עותק שלה. הרישיון אינו דרוש להם לצורך השמעת המוזיקה בפועל אלא לצורך מזעור הסיכון המשפטי הכרוך בביצועה הפומבי. ככל שגדל מספר היצירות שברפרטואר של התאגיד הכלול ברישיון הגורף, וככל שגדלה החשיפה של המשתמש לסיכון של תביעת הפרה, כן גדלה התועלת של הרישיון הגורף. הואיל ובמקרים רבים תאגידים לניהול משותף קשורים בהסכמי ייצוג הדדי עם תאגידים במדינות זרות, ומשום כך הרפרטואר שבידיהם הוא רפרטואר היצירות העולמי, הרישיון הגורף והניהול המשותף נהפכים לכלי יעיל למדי להפחתת הסיכון. סיכון נוסף, שאליו עלול להיחשף המשתמש שומר החוק, הוא שמא האדם שממנו רכש רישיון להשמיע את המוזיקה אינו בעל הזכויות האמיתיות, והמשתמש אינו יודע זאת או שאינו יכול לדעת זאת בעלות סבירה. בין שמדובר בטעות, העתקה של יצירה קיימת או התחזות, המשתמש חשוף לתביעה מצד בעל הזכויות האמיתיות. ככל שהרישיון הגורף מכיל את יצירותיהם של יוצרים רבים יותר, כן גדל הסיכוי שהוא יכסה גם את יצירותיו של היוצר האמיתי, תהא זהותו אשר תהא. התשלומים הקבועים שהמשתמש משלם לתאגיד תמורת הרישיון הגורף מאפשרים לו להקטין את הסיכון, בדומה לתשלום פרמיית ביטוח מפני סיכונים אחרים.¹³⁰ במדינות שונות קיימים הסדרים שונים המחזקים היבט זה של הניהול המשותף. לעתים כולל הרישיון הגורף התחייבות של התאגיד לשפות את המשתמש אם תוגש תביעה על ידי צד שלישי,¹³¹ לעתים אלה בתי המשפט אשר משתמשים בדוקטרינות של רישיון משתמע,

מתקיימת תחרות ערה בין קמעונאים שונים. עם זאת, בדרך כלל ההתמודדות עם בעיית הפער החברתי לא תהיה באמצעות כפיית מונופול מיותר גם על הצרכנים בעיר.

128. חוק זכות היוצרים הקנדי, Copyright Act, R.S.C., 1985, c. C-42, s. 69, מעניק פטור מתשלום תמלוגים למקרים מסוימים שבהם מושמעת בפומבי מוזיקה באמצעות מכשיר רדיו.

129. אחד ההסברים הכלכליים לקיומה של דוקטרינת השימוש ההוגן הוא שבמצבים שבהם עלויות העסקה אינן מאפשרות התקשרות בין בעלי הזכויות למשתמשים, הדוקטרינה מונעת את ההפסד החברתי שהיה נגרם לו משתמשים היו נמנעים מלהשתמש ביצירות. ראו: Wendy J. Gordon, "Fair-Use As Market Failure – A Structural and Economic-Analysis of the Betamax Case and Its Predecessors", 82 *Colum. L. Rev.* (1982) 1600.

130. Lemley ו- Janis, Hovenkamp (לעיל, הערה 110), בפסקה 22.5.

131. 140 *CBS v. ASCAP* 562 F. 2d 130 (2nd Cir. 1977), שם מצוין כי הרישיון שמעניקה ASCAP מכיל תניית שיפוי שכזו.

שיפוי משתמע, או אף מניחים קיומה של חוקה ולפיה התאגיד מחזיק בידיו את כל הזכויות. לעתים קיימים הסדרים תחיקתיים המגבילים את זכות התביעה של בעלי זכויות שאינם חברים בתאגיד, מרחיבים את ייצוגו של התאגיד ומחילים אותו על כלל בעלי הזכויות מסוג מסוים או אפילו קובעים ניהול משותף כהסדר חובה.¹³² אף על פי שאין לכחד כי ניהול משותף מקנה למשתמשים יתרון של הקטנת הסיכונים המשפטיים הכרוכים בביצוע פומבי של מוזיקה, יש מקום לתהות מה משמעותו של יתרון זה, אם הוא חיוני למשתמשים ואם אין לו תחליפים. משתמש יכול, למשל, להקטין את הסיכון שהוא חשוף אליו באמצעות ניהול קפדני של רשימות השירים שהוא משמיע (כפי שממילא מרבית תחנות הרדיו עושות), ושוק הביטוח עשוי להציע פוליסות שיגנו על המשתמש מפני "תאונת" השמעה של שיר בלא רישיון על ידי מי מעובדיו. יש להניח כי גם בתי המשפט לא ימהרו להטיל סנקציות חמורות על משתמש שהשמיע בתום לב מוזיקה בלי שהיה בידיו רישיון, בעודו סבור כי הרישיון שבדיו מתיר זאת.

ה. תאגידים לניהול משותף במונופולין חשוף

עד כה הנחנו, בהתאם לשיח המקובל על אודות תאגידים לניהול משותף, כי משום מעמדם המונופוליסטי הם גם גובים מחירים מונופוליסטיים. אולם אף שזוהי הנחה סבירה, היא לא בהכרח נכונה, הואיל והתיאוריה הכלכלית מכירה באפשרות שגם במצב של מונופולין טבעי המחיר שייקבע יהיה המחיר התחרותי. לפי התיאוריה של המונופולין החשוף (contested monopoly), אם חסמי הכניסה והיציאה אל השוק וממנו נמוכים דיים, וקיים מספר גדול מספיק של פירמות שיכולות להציע את אותו מוצר, אפשר שפירמות יתחרו זו בזו באופן שהתחרות תהיה על השוק במקום בתוך השוק. במצב שכזה, אף שנודעים יתרונות לגודל שביאו לידי כך שבסופו של דבר יהיה ספק יחיד, תחרות פוטנציאלית מצד שחקנים המאיימים להחליפו תכפה על בעל המונופולין משמעת שוק ותגרום לו להתנהג באופן דומה לזה שהייתה נוהגת בו פירמה בשוק תחרותי.¹³³

הגיבנה של תיאוריה זו חיוני לצורך הבנת משטר הפיקוח על תאגידים לניהול משותף בארצות הברית¹³⁴ והיא מהווה גם נדבך חשוב בהסדר שאישר בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפדרציה ובתנאים שההיתר הזמני לפעילותה של אקו"ם הותנה בהם.¹³⁵ לפי התנאים המסדירים את פעילותם של ASCAP ו-BMI בארצות הברית, והתנאים שהשית בית הדין על הפדרציה, חברי התאגיד יכולים להעביר לידיו זכות שאינה בלעדית לתת רישיונות

132. Gervais (לעיל, הערה 22), בעמ' 33-43.

133. ראו: Elizabeth E. Bailey, "Contestability and the Design of Regulatory and Antitrust Policy", 71 *Am. Econ. Rev.* (1981) 178.

134. Harold Demsetz, "Why Regulate Utilities?", 11 *J. L. & Econ.* (1968) 55.

135. יש לציין כי התנאים שהושתו על התאגידים האמריקניים קדמו לניסוחה הפורמלי של התיאוריה.

136. עניין אקו"ם (לעיל, הערה 38), סעיפים 2.2-2.4, 3.2-3.3, 4.1-4.2 לתנאים.

ביצוע פומבי של היצירות שבבעלותם, אולם כל אחד מן החברים רשאי – ועל התאגיד נאסר למנוע או לנסות לטרפד זאת – להעניק למשתמשים רישיונות באופן פרטני, שלא באמצעות התאגיד. ההיגיון שבבסיסו של תנאי זה הוא שתאגיד הניהול חשוף לתחרות מצד חבריו, ועל-כן "העלאת מחיר בלתי סבירה עשויה להביא את המשתמשים להעדיף לרכוש את זכויות ההשמעה ישירות מבעלי הזכויות, ולא במסגרת הארגון המשותף".¹³⁶

עם זאת, אף שהיעדר הבלעדיות הופך את ASCAP, BMI, הפדרציה או אקו"ם לתאגידים חשופים יותר לעומת מידת חשיפתם לפני השתתת התנאים (או לעומת תאגידים שאינם כפופים לתנאים שכאלה), מידת החשיפה מוגבלת וכזו היא גם האפקטיביות של התנאים. על כן, אין להניח כי תנאים אלה הופכים את התאגידים לחשופים במידה המנטרלת כל יכולת לניצול כוח השוק שבידיהם. האפקטיביות המוגבלת של תנאים אלה נעוצה בגורמים מספר. הראשון שבהם הוא הרישיון הגורף עצמו. הואיל ושירים אינם מוצרים הומוגניים ומשתמשים נזקקים למגוון של שירים, מתחרה חדש או חבר קיים אינו יכול להתחרות בתאגיד באמצעות הצעת מחיר זול יותר, אלא אם כן הרפרטואר שברשותו רחב דיו לשמש תחליף ראוי לרפרטואר שבידי התאגיד, או לחלופין שמספר גדול מספיק של מתחרים כאמור יציעו הצעות כאלה. אם לא כך הדבר, האפשרות לרכוש רישיון עבור חלק מן השירים ממקור חיצוני לתאגיד מאבדת ממשמעותה, שכן את הרישיון ליתרת השירים ייאלץ המשתמש לרכוש מהתאגיד. אולם כל עוד התאגיד מציע רק רישיון גורף על בסיס 'הכול או לא כלום', לא תצמח למשתמש כל תועלת מרכישת רישיון עבור חלק מן השירים בנפרד, שכן שירים אלה כלולים ממילא ברישיון הגורף של התאגיד. אמנם אין מניעה כי במצב כזה מהירו של הרישיון הגורף יופחת כדי לשקף רק את אופיו השיורי, אולם אין להניח שהתאגיד יתנדב מרצונו לעשות כן אם הדבר לא ייכפה עליו, ואין ודאות כי ניתן לכפות זאת בייעילות.¹³⁷

המסקנה מן האמור לעיל היא שתאגיד הניהול יהיה חשוף בצורה מלאה רק אם חבריו (או מתחרים חדשים) יהיו מסוגלים להציע את אותו רפרטואר שמציע התאגיד, או לכל הפחות רפרטואר חלופי גדול דיו, ובתנאים שאינם נופלים מאלה שמציע תאגיד הניהול. גובע מכך שאין די בכך שחברי התאגיד יהיו רשאים להעניק רישיונות באופן עצמאי. נדרש גם שיהיו רשאים להעניק רישיונות באמצעות צד שלישי (בין שמדובר בחבר אחר או בגורם זר) ושלא יתקיימו חסמי כניסה נוספים. רק אם אפשרות זו תתקיים, יוכלו גורמים חיצוניים לתאגיד להרכיב רפרטואר רחב דיו שיוכל לשמש תחליף לזה שמציע התאגיד. הצו המוסכם משנת 2001¹³⁸ קובע עתה מפורשות כי חברי ASCAP חופשיים להעניק רישיונות גם באמצעות

136. עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 56.

137. עניין אקו"ם (לעיל, הערה 38), סעיף 4. סירוב של אקו"ם להתאים את דמי הרישיון שהיא גובה ממשמש להפחתת חלקן של היצירות המנוהלות על ידי אקו"ם מתוך כלל היצירות שנעשה בהן שימוש ייחשב לניצול לרעה של המונופול, אולם גם הוראה זו כפופה למגבלות אכיפתה.

138. הצו האחרון בעניין ASCAP (לעיל, הערה 23).

צדדים שלישיים,¹³⁹ וזאת מאחר שנוסחו של הצו הקודם לא היה חד־משמעי בעניין זה.¹⁴⁰ התנאים שהושתו על הפדרציה, אף שלשונם אינה מונעת רישוי באמצעות צדדים שלישיים, אינם קובעים תנאי מפורש כזה ויש לקוות כי יוסף לכללים אם הפדרציה תנסה להערים קשיים על רישוי שכזה.¹⁴¹ תנאי ההיתר הזמני בעניין אקו"ם קובעים במפורש כי חברי אקו"ם יוכלו להעניק רישיונות באופן פרטני גם באמצעות צדדים שלישיים כלשהם,¹⁴² אולם אליה וקוץ בה. על יכולתם של חברי אקו"ם להעניק רישיונות באופן פרטני באמצעות צד שלישי מוטלות הגבלות שונות, כגון ההגבלה כי רישיונות אלה יהיו רישיונות לשימוש פרטני בלבד,¹⁴³ או הדרישה כי לפחות 14 יום לפני השימוש תימסר לאקו"ם הודעה בכתב על ידי החבר על רצונו לבצע התקשרות כאמור.¹⁴⁴

חשיפתם של תאגידיים לניהול משותף לתחרות מצד חבריהם מותנית גם בכך שהחברים לא יוכלו להתחייב זה כלפי זה להימנע מרישוי עצמאי ולאכוף זה על זה לדבוק בניהול המשותף. פרופסור לנדס (Landes) מניח כי תנאי זה מתקיים במקרה של התאגידיים האמריקניים, שכן אין זה מעשי שאלפי חבריהם יוכלו לתאם ביניהם שלא להעניק רישיונות באופן עצמאי.¹⁴⁵ עם זאת, כפי שציינתי קודם לכן, מספרם האפקטיבי של בעלי הזכויות, המרכזים בידיהם את חלק הארי של הרפרטואר הרלוונטי למרבית המשתמשים, קטן בהרבה ועל כן אפשרות התיאום אינה כה בלתי מעשית. במקרה של הפדרציה, מדובר למעשה בשלוש חברות תקליטים שבידיהן עיקר זכויות היוצרים, עובדה שהופכת על ראשה את תחזיתו של לנדס. יתרה מזו, גם בהיעדר תיאום, אופיו הריכוזי של שוק המוזיקה עשוי להביא לידי שיווי משקל שבו חברות התקליטים (או המו"לים, לפי העניין) יימנעו מלתת רישיון בצורה עצמאית, בהכירן בתועלת ארוכת הטווח שתצמח מהימנעות מכך ומדבקות בניהול המשותף.

139. שם, סעיף IV(B).

140. Memorandum of the United States in Support of the Joint Motion to Enter Second Amended Final Judgment, *United States v. ASCAP, No. 41-1395* (S. D. N. Y. 2000) p. 19 [URL: <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f6300/6395.pdf>].

141. הצווים האמריקניים כוללים ניסיונות נוספים להגדיל את החשיפה של התאגידיים לתחרות. ASCAP מחויב להציע כהלופה ממשית גם רישיונות "per program" או "per segment", כדי לאפשר למשתמשים כגון גופי שידור לרכוש רישיונות ממקורות חיצוניים ולהשתמש ברישיון מהתאגיד כאמצעי שיווי באותן תכניות שעבורן לא נרכשו רישיונות ממקורות חלופיים.

142. עניין אקו"ם (לעיל, הערה 38), סעיף 2.4 לתנאים.

143. שם, שם.

144. שם, סעיף 2.5 לתנאים.

145. Landes ו-Posner (לעיל, הערה 25), בעמ' 634.

ו. מה שוויין האמיתי של זכויות ביצוע פומבי?

כאשר דנים בביצוע פומבי של מוזיקה ובניהול משותף של זכויות יוצרים מקובל להניח כי למשתמש צומחת תועלת מהשמעתן של יצירות מוזיקליות ואילו התועלת לבעלי הזכויות נובעת מהתמלוגים שהם מקבלים. לפיכך המשתמש אשר משמיע מוזיקה נתפש כצרכן הרוכש תשומה, רישיון השמעה, ובעל זכויות היוצרים נתפש כספק. על פי הנחה זו אין לבעל הזכויות כל עניין כלכלי בביצוע הפומבי של יצירותיו זולת התמלוגים שהוא זכאי לקבל. תיאור זה אינו ממצה את היקף התועלת הנובעת מביצוע פומבי של מוזיקה. מוזיקה המושמעת בפומבי אינה רק תשומה עבור המשתמש, אלא גם שירות – פרסום – שנותן המשתמש לבעלי הזכויות (כגון חברת התקליטים, המחברים והמבצעים). אולם חשיבות הביצוע הפומבי חורגת מפרסום גרידא, שכן היא מאפשרת לבעלי הזכויות להתגבר על בעיה אינהרגטית הכרוכה בשיווק מוזיקה. מוזיקה היא מוצר השייך לקבוצה של מוצרים המכונים "מוצרי התנסות" (experience goods). המשותף למוצרים אלה הוא שהצרכן אינו יכול להעריך את טיבם אלא לאחר שרכש אותם והשתמש בהם, ועל כן אם אין לו יכולת לדעת עבור מה הוא נדרש לשלם, הוא יירתע מלרכוש את המוצר.¹⁴⁶ אחת הדרכים להתגבר על בעיה זו של שיווק מוצרי התנסות היא לאפשר לצרכן לדגום את המוצר לפני שהוא נדרש לשלם עבורו. השמעה פומבית של מוזיקה, ברדיו למשל, מתוארת בספרות השיווק כדוגמה קלאסית לשימוש בטכניקת הרגימה כאמצעי להתמודד עם בעיית השיווק של מוצרי התנסות.¹⁴⁷

קשה להמעיט בחשיבותה של השמעה פומבית – ובעיקר שידור – כמקדם מכירות לתקליטים.¹⁴⁸ שידור ברדיו נחשב למקדם המכירות הראשון במעלה עבור תקליטי פופ,¹⁴⁹ וחברות התקליטים מוציאות לא אחת סכומי עתק – לפי אחת ההערכות בארצות הברית בין 200,000 דולר ל-300,000 דולר לשיר – כדי להבטיח את שידורם של שירים אלה.¹⁵⁰ התופעה של תשלום עבור שידור, המכונה בארצות הברית "payola", עוררה שם (ועדיין מעוררת) שערוריות מרובות ונתפשת כאקט של שחיתות. מחוקקים, לרוב בלחץ של בעלי הזכויות עצמם, ניסו לא אחת לצמצם את התופעה אך ככל הנראה בלא הצלחה יתרה.¹⁵¹ אף

146. למשל: Carl Shapiro and Hal R. Varian, *Information Rules: A Strategic Guide to the Network Economy* (1999) 5.

147. שם, שם.

148. החלטת הממונה בעניין אימתן פטור (לעיל, הערה 125), סעיף 5(א) ועמ' 4 להחלטה.

149. Sidak ו-Kronemyer (לעיל, הערה 117), בעמ' 526.

150. Eric Boehlert, "Fighting pay-for-play", *Salon. Com* (2001) [URL: <http://archive.salon.com/ent/music/feature/2001/04/03/payola2/?x>].

151. Sidak ו-Kronemyer (לעיל, הערה 117). ככל הנראה, ההיסטוריה של Payola עתיקה כימיה של המוזיקה המסחרית. Coase מציין עדויות לתופעה מסוף המאה ה-19 באנגליה ובהמשך מארצות הברית. באותה תקופה, בטרם החלו שידורי הרדיו, היו מו"לים ששילמו לבעלי מועדונים ותיאטראות ולמבצעים כדי להבטיח ביצוע של יצירות שהם היו בעלי הזכויות בהן

שאינן בידי עדויות לקיומה של payola בישראל בהיקפים שבהם התופעה קיימת בארצות הברית, הקשר בין שידור להגדלת המכירות של תקליטים קיים. בעניין הפדרציה מציין בית הדין כי מנכ"ל הפדרציה העיד "שלחברות התקליטים עניין בשידור יצירותיהן בתדירות גבוהה, שכן אם היצירה משודרת לעתים קרובות היא נקלטת בציבור, [ו]מכירת התקליטים עולה".¹⁵² קיימות גם אינדיקציות לכך שיוצרים וחברות תקליטים מנסים בדרכים שונות לשכנע תחנות רדיו או גורמים בתחנות לשדר את שיריהם.¹⁵³ במקרה אחד אף נטען כי עורך מוזיקלי קיבל תמורה כספית עבור שידור יצירות.¹⁵⁴

האם קיים קשר בין תופעת ה-payola והניסיונות להילחם בה ובין הניהול המשותף של זכויות הביצוע הפומבי? אולי לא. ייתכן שמטרת ניסיונותיהם של בעלי הזכויות למנוע את התופעה של תשלומים עבור השמעה היא אך ורק לחסוך כסף בשים לב לכך שגם אם התשלום עבור השמעה עשוי להגדיל את המכירות של בעל הזכויות המשלם, הוא לא בהכרח מגדיל את סך מכירות המוזיקה, שכן האפקט העיקרי של התשלום (והפרסום) הוא הגדלת נתח השוק על חשבון המתחרה בלי להגדיל את כלל השוק.¹⁵⁵ כפי שאראה להלן, לתופעה של תשלום עבור שידור יש עם זאת קשר גם לניהול המשותף של זכויות ביצוע פומבי, ואת הניסיונות לאסור תשלומים אלה ניתן לראות כצדו המשלים של הניהול המשותף. הסיבה לכך היא שבהיעדר ניהול משותף, בעל הזכויות, בעת שהוא נושא ונותן עם משתמשים בנוגע לתנאים לביצוע הפומבי, ישקול לא רק את התועלת שתצמח למשתמש מהשמעת המוזיקה, אלא גם את התועלת (בדמות מכירות תקליטים גדולות יותר) שתצמח לו מן ההשמעה. יש להניח כי ייקבע מחיר אחד שישקף את קיוויו שני סוגי התועלת: התועלת שתצמח למשתמש

Ronald. H. Coase, "Payola in Radio, and Television Broadcasting", 22 *J. L. & Econ.* (1979) 269; Kerry Segrave, *Payola in the Music Industry: A History 1880-1991* (1994).

¹⁵² עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 30.

¹⁵³ מבקר המוזיקה אבישי מתיה מתאר במאמר שפרסם באתר האינטרנט של איגוד אמני ישראל (אמ"י) מקצת מניסיונות אלה, ומזכיר משלוח כדורי שוקולד מחברת תקליטים לעורכים המוזיקליים בגלגל"צ; אם תרצו – גם סוג של payola (או שמא chocoala). ראו, אבישי מתיה, "הדיקטטור מיפו", [URL: <http://www.cmi.org.il/matia.html>]. לאחרונה דווח בעיתון "הארץ" כי בעקבות שמועות על השמעות פרטיות, שנערכו לאנשי גלי צה"ל, פרסם מפקד גל"צ קוד אתי שבו נאסר על חיילי גל"צ ועל אזרחים עובדי התחנה להשתתף בהשמעות כאלה, וזאת כדי לשמור "על כבודם של האמנים מחד, ועל עצמאותם ושיקול דעתם הלא תלוי של העורכים המוזיקליים מאידך" – שגיאה בן גון "קוד אתי לעורכים המוזיקליים בגל"צ" *הארץ* (27.12.2004).

¹⁵⁴ ענת באליונט, "עורך בערוץ מוזיקה 24" פוטר בעקבות תחקיר "כלבוטק", *הארץ* (28.12.2004).

¹⁵⁵ Stan J. Leibowitz, "The Elusive Symbiosis: The Impact of Radio on the Record Industry", 1 *Review of Economic Research on Copyright Issues* (2004) 93, p. 117.

מהשמעת השיר פחות התועלת שתצמח לבעל הזכויות. בהתאם לנסיבות, עשויה משוואה זו להסתכם בסכום שישלם המשתמש לבעל הזכויות, אך לעתים גם בתשלום בכיוון ההפוך, קרי תשלום של בעל הזכויות למשתמש. מכאן שבתנאי תחרות, התמלוגים שיגבה בעל הזכויות יהיו נמוכים במידה ניכרת מהתמלוגים שנגבים באמצעות הניהול המשותף. בתנאי ניהול משותף, התאגיד מסוגל לגבות מהמשתמש מחיר שייגזר מהתועלת שתצמח למשתמש מהשמעת מוזיקה בכלל (המחיר המונופוליסטי), ואילו בתנאי תחרות יכול בעל הזכויות לגבות לכל היותר מחיר הנגזר מהתועלת השולית שתצמח למשתמש מהשמעת השיר (או השירים) המסוים שלו.¹⁵⁶ סכום זה יופחת, מן הסתם, לפי התועלת שתצמח לבעל הזכויות מן ההשמעה. לעומת זאת, בתנאי ניהול משותף, תאגיד הניהול, בהיותו גוף נפרד מכל אחד מבעלי הזכויות ובעל שיקול דעת עצמאי, אינו שוקל את התועלת הפרטית שתצמח לכל אחד מחבריו מן ההשמעה ולכן הוא יכול לגבות תשלום עבור ביצוע פומבי אשר ישקף רק את התועלת למשתמש.¹⁵⁷ עם זאת, מחיר זה אינו יכול להיות מחיר של שיווי משקל ולכן יש לצפות להתפתחותה המקבילה של רשת תשלומים צדדיים של בעלי הזכויות למשתמשים, בניסיון לשכנע את המשתמשים לתת עדיפות לשירים שלהם, או לחלופין, בהיעדר יכולת לשכנע באמצעות תשלום, לצפות לניסיונות שכנוע בדרכים אחרות.¹⁵⁸ על כן, ככל שרואים בתופעה ה-payola תופעה נפסדת (ואין ספק כי בהיבטים אחדים שלה אכן מדובר בתופעה מטרידה), יש לזכור כי תופעה זו היא, לפחות בחלקה, תוצר לוואי של הניהול המשותף, ועל כן יש להביאה בחשבון בעת ששוקלים את מאון התועלת והנוק של הניהול המשותף. לקח נוסף הוא שהתופעה של תשלום עבור השמעה מעידה כי בעלי הזכויות מוצאים דרכים להגיע אל המשתמשים, לפחות אל חלקם, ולשאת ולתת עמם בנוגע להשמעת המוזיקה, בניגוד להנחה המקובלת כי התקשרות שכזו אינה אפשרית. אם בעלי הזכויות יכולים לשאת ולתת עם המשתמשים בנוגע למחיר שהם ישלמו בגין השמעה, מן הסתם הם יכולים לעשות כן גם בנוגע למחיר שישולם להם.

156. לעיל, הערה 53 והטקסט הנלווה.

157. תאגיד הניהול אינו משמש כסוכן של חבריו. התאגיד קובע מחיר אחיד לרישיון הגורף ואינו מקבל הנחיות מחבריו בנוגע לתמחיר של יצירותיהם.

158. במידה מסוימת ניתן לראות את התלונות המופנות כלפי רשימת ההשמעה של גלגל"צ (ראו, למשל, מערכת ואללה, "נמרוד לב נגר גלגל"צ", ואללה: תרבות ובידור (9.6.2004), [URL: http://e.walla.co.il/?w=1000/554413], ראובן ארוז, "השיטה זועקת לשמיים ויש לבדוק את השיטה" [URL: http://www.emi.org.il/rcuven.html], מתיה (לעיל, הערה 153). היעדרו של מנגנון המחירים משיקולי קביעת תוכן השידורים פותח פתח לשימוש במנגנונים אחרים לצורך השפעה על קבלת החלטות הנוגעות להקצאת זמן השידור. ראו גם התייחסותו של פסח (לעיל, הערה 14), בעמ' 653 לפונקציה שממלאים תאגידי התקשורת כ"שומרי סף ואפיק גישה הכרחי לתשומת לב קהל אפקטיבית" והאזכורים שהוא מביא למאבקים הציבוריים של ארגוני היוצרים שנועדו להשפיע במישרין ובעקיפין על תוכן השידורים.

ז. ביצוע פומבי וטכנולוגיות מתקדמות

התפישה כי שוק זכויות הביצוע הפומבי מהווה מונופולין טבעי שולטת בדיון בתאגידים לניהול משותף. מרבית המדינות שמתקיים בהן ניהול משותף אימצו משום כך גם את המודל של המונופולין המפוקח, מודל המבטא הכרה בהכרח (או לפחות כתועלת) שבקיטום של המונופולין, אך בה בעת מטיל עליו משטר פיקוח המבקש לרסן את כוחו המונופוליסטי ולמנוע במידת האפשר את ניצולו לרעה. באיחור רב יחסית למדינות מתועשות אחרות, ולאחר עשרות שנים שבהן פעלו תאגידי הניהול בלא כל פיקוח, הצטרפה באחרונה גם ישראל למדינות שאימצו את מודל המונופולין המפוקח.

עם זאת, וכפי שהראיתי לעיל, יש מקום לפקפק בתקפות יישומה של תיאוריית המונופולין הטבעי בנוגע לתאגידים לניהול משותף, או למצער בנוגע לחלק מהפונקציות שהם ממלאים, או בנוגע לחלק מן המשתמשים. יש גם מקום להניח כי לפחות בחלק מן המקרים הנתונים כיום למשטר של ניהול משותף ייתכנו גם מודלים תחרותיים. אולם תהא המסקנה אשר תהא באשר למידת נחיצותם של תאגידי הניהול משותף עד כה, יש מקום לבחון גם את מידת נחיצותם בעתיד, לאורן של טכנולוגיות חדשות ומודלים עסקיים חדשים שהן עשויות לאפשר.

על האפשרות ששינוי טכנולוגי ישנה את ההתייחסות הנורמטיבית לניהול המשותף רמזו בית המשפט העליון בארצות הברית עוד בעניין *BMI*. בהערת שוליים קצרה ציין בית המשפט, כבדרך אגב, שייתכן ששינויים שיתחוללו בעקבות טכנולוגיה חדשה או טכניקות שיווק חדשות יקעקעו את הצידוק לקיומו של הניהול המשותף.¹⁵⁹ התופעה של שינוי טכנולוגי המשפיע על עצם קיומם של מונופולים טבעיים ועל ההשלכות הנורמטיביות הנובעות ממנו אינה חדשה. מאז סוף שנות ה-60 החלה הערכה מחודשת של התמודדות המדינה עם קיומם של מונופולים טבעיים ועם התפישה כי המודל של מונופולין מפוקח הוא המענה המוצלח ביותר, מבחינת המדיניות הציבורית, לאתגר שהם מציבים. הערכה מחודשת זו הובילה, מסוף שנות ה-70 ואילך לתופעת הדרגולציה של שווקים רבים שהיו כפופים עד אז להסדרה ספציפית, ולהמרה של הסדרה זו במנגנוני שוק. בחלק מן המקרים, כגון בתחום התקשורת או החשמל, היו אלה שינויים טכנולוגיים שאפשרו את פתיחת השווקים, או למצער מקטעים שונים שלהם, להיצע תחרותי,¹⁶⁰ ובמקרים אחרים, כגון בתחום התעופה, היו אלה תובנות חדשות בנוגע לעצם קיומו מלכתחילה של מונופולין טבעי באותם שווקים.¹⁶¹ במקרים רבים אף הוטל ספק בנוגע למאון העלות והתועלת שבו

159. עניין *BMI* (לעיל, הערה 7) בעמ' 21, הערת שוליים 34: "And of course changes brought about by new technology or new marketing techniques might also undercut the justification for the practice"

160. למשל: Gal-1 Trebilcock (לעיל, הערה 58), בעמ' 125, Herbert Hovenkamp, "Antitrust", *Colum. Bus. L. Rev.* (2004) 335, pp. 355-356, and the Regulatory Enterprise".

161. למשל: Trebilcock ו-Winter, Iacobucci (לעיל, הערה 59).

כרוכה הרגולציה, ספק הנובע מהכרה ביכולת המצומצמת של המדינה לאסוף ולנתח מידע מספק כדי להשיג את התוצאות המקוות, ומן העובדה כי גופי הפיקוח נהפכים לא פעם לגופים השבויים בידי הפירמות המפוקחות, בתהליך אשר בסופו מתמצה תפקידה של הרשות המפקחת במתן חותם הכשר לנהגים המונופוליסטיים או הקרטליסטיים של הגופים המפוקחים.¹⁶² עד כה עסקתי בערעור עצם קיומו של מונופולין טבעי בתחום זכויות הביצוע הפומבי, לפחות בנוגע לאחדים מן המקטעים הרלוונטיים בשוק זה. בחלק זה ארגים כיצד טכנולוגיות חדשות עשויות לאפשר קיומו של שוק תחרותי, גם אם מקבלים את ההנחה כי עד כה התקיים מונופולין טבעי.

ברצוני לבחון כעת כיצד כמה טכנולוגיות חדשות, ביחד ולחוד, עשויות להשפיע על עלויות הניהול של זכויות ביצוע פומבי: רישוי, הפצה, ניטור ואכיפה, וכיצד התפתחויות אלה עשויות להשפיע על הצידוק לניהול משותף של זכויות אלה. הטכנולוגיות שבהן אדון הן האינטרנט, טכנולוגיות של ניהול זכויות דיגיטלי (Digital Rights Management (DRM) – וסריקה ממוחשבת של שידורי רדיו וטלוויזיה.

1. האינטרנט

ההשפעה המובהקת ביותר של רשת האינטרנט היא על עלויות הרישוי וההפצה של מוזיקה. האינטרנט מאפשר למשתמשים פוטנציאלים ולבעלי זכויות לאתר זה את זה, לשאת ולתת זה עם זה ולהתקשר בעסקה בצורה יעילה בהרבה מיעילות ההתקשרות בעולם הלא-מקוון. מנועי חיפוש או מאגרי נתונים מקוונים יכולים לאפשר למשתמשים לזהות את בעלי הזכויות בכל יצירה ולקבל מידע ערכני על אודות דרכי ההתקשרות עמם. אם בנוסף, בעלי זכויות יהיו מוכנים גם להעניק רישיונות באופן מקוון, בעצמם או באמצעות מתווכים, האינטרנט עשוי לשמש פלטפורמה לרישוי בעלות נמוכה.

כבר עתה קיימות לא מעט דוגמאות לשימוש באינטרנט למטרה זו. אק"ם, למשל, מאפשר גישה מקוונת למאגר נתונים של היצירות שהוא מנהל. מנוע החיפוש מאפשר להיין אחדים מפרטי היצירה (כגון שם היצירה, המחבר, המלחין) ולקבל את יתר הפרטים, לרבות שמות היוצרים ושמות המו"לים.¹⁶³ עם זאת, מאגר הנתונים אינו כולל אופציה לקבל רישיון לאותן יצירות. האפשרויות שהאינטרנט מציע אינן מצומצמות רק לקבלת מידע על אודות יצירות ובעלי הזכויות שבהן. רשת האינטרנט מסוגלת ביעילות מרובה גם להפיץ את המוזיקה עצמה. הדוגמה המובהקת ליכולת ההפצה של האינטרנט היא כמובן שירותי שיתוף הקבצים הלא מורשים כגון eMule, Grokster, KaZaA ואחרים, וכן למעלה ממאה שירותי הפצת המוזיקה המורשים כגון BuyMusic.com, iTunes, Rhapsody, ואחרים.¹⁶⁴ אולם האינטרנט, כשהוא לעצמו, למרות יכולתו להפחית את עלויות ההתקשרות הכרוכות בניהול זכויות הביצוע הפומבי, אינו מבטיח לבעלי הזכויות יכולת לשלוט

162. Hovenkamp (לעיל, הערה 160), בעמ' 361.

163. "איתור יצירות" ב: [URL: http://www.acum.org.il].

164. Darren Waters, "Legal Music Sites Break 100 Mark", *BBC News Online* (27.5.2004), [URL: http://news.bbc.co.uk/1/hi/entertainment/music/3753279.stm].

בשימוש ביצירותיהם ולגבות תשלום בשל כך. יכולת שכזו עשויה להיות מושגת באמצעות מערכות DRM.

2. ניהול זכויות דיגיטלי - DRM

מערכות ניהול זכויות דיגיטלי - DRM - מיועדות לשלוט בגישה ובשימוש בתוכן דיגיטלי כגון קבצי מוזיקה, וידאו, טקסט או תכנת מחשב. באמצעים טכנולוגיים שונים, לרוב בטכניקות של הצפנה, יכול המוציא לאור של תוכן דיגיטלי לקבוע תנאים לשימוש בתוכן, לאכוף אותם וכן להבטיח שגישה לתוכן תינתן רק לאחר ששולמו דמי שימוש.¹⁶⁵ מערכות ה-DRM כוללות שיטות לזיהוי המשתמש, למעקב אחרי שימוש והפצה לא מורשים, להבטחת שלמות התוכן ומניעת שינויים בו, ולא פעם נלווים אליהן התקני חמרה או תכנה המיועדים להקשות את פיצוח המערכות.¹⁶⁶ אף שחלק ניכר ממערכות ה-DRM מיועד לשימוש מקוון, מערכות כאלה מיושמות גם בתוכן לא מקוון, כגון במערכות DVD או משחקי מחשב.

מערכות DRM משולבות במרבית קבצי המוזיקה המופצים כיום ברשת באמצעות שירותים כגון iTunes או Rhapsody שנוכרו לעיל. שירותים אלה מאפשרים ללקוחותיהם להאזין לשירים המוצעים למכירה או לגרסאות הדגמה שלהם, וכן להעתיק אותם אל מחשביהם האישיים תמורת תשלום. מערכות ה-DRM קובעות אם ניתן יהיה להעתיק את השיר, היכן, כיצד וכמה פעמים ניתן יהיה לשמור אותו, האם ניתן יהיה להעתיק אותו להתקן נייד (כגון נגן MP3), או לצרוב אותו על גבי תקליטור. תנאים אלה עשויים להשתנות משירות לשירות ואף משיר לשיר באותו שירות.¹⁶⁷

כמה ממרכיבי צביון השירותים המקוונים להפצת מוזיקה ראויים לציון, שכן הם עשויים להיות רלוונטיים לדיון בתאגידים לניהול משותף. ראשית, הרפרטואר השירים שמציעים מרבית השירותים חופף ברובו; כולם מציעים שירים מהקטלוגים של המייג'ורס וכן שירים של כמה חברות תקליטים עצמאיות. עם זאת, אין הם מכסים את כלל הרפרטואר העולמי, אך לא נראה כי חיסרון זה חשוב לעיקר הצרכנים. הואיל ויש להניח כי קיימת הפיפה בין השירים שצרכנים רוכשים לשימוש הפרטי ובין השירים שמשתמשים מבקשים להשמיע בפומבי, ייתכן שיש הפרזה בטענה בדבר התועלת הרבה שבגישה לכלל הרפרטואר העולמי, שמאפשרים תאגידים לניהול משותף. שנית, אף שלכאורה ניתן היה לטעון כי גם שוק זה הוא מוגנפולין טבעי - שהרי משהוקם שירות זה, העלות השולית של הוספת שיר לרפרטואר היא אפסית, ועל כן העלות הממוצעת לשיר הולכת ופוחתת ככל שמספר

165. Stefan Bechtold, "From Copyright to Information Law — Implications of Digital Rights Management", *Security and Privacy in Digital Rights Management* (Tomas Sander — ed., 2002) 213, 213.

166. שם, שם.

167. למשל: [URL:http://www.apple.com/itunes/overview.html]; [URL:http://www.listen.com/rhap_about.jsp]; [URL:http://www.buymusic.com/support/legal.aspx]; [URL:http://www.napster.com/terms.html]

היצירות גדל, נראה כי שוק זה מגלה דווקא מגמה תחרותית. כבר עתה פועלים בשוק יותר ממאה ספקים שונים, וגורמים נוספים מתכננים להיכנס לתחום זה.¹⁶⁸ אמנם ייתכן שדווקא האפשרות שמדובר כאן במונופולין טבעי היא שמאיצה את כניסתם של גורמים רבים לתחום זה, וכי התחרות ביניהם היא תחרות על השוק, כלומר תחרות שבסופה שירות אחד ייהפך לדומיננטי בשוק והשאר ייפלטו ממנו, אולם נראה סביר יותר כי יש בו מקום לספקים שונים, שיציעו שירותים מגוונים ומתאימים לטעמים ולקהלים שונים, ויתחרו זה בזה. כן נראה שניתן למצות יתרונות לגודל ולמגוון, אף שמן הסתם קיימים גם כאן, בסדרי גודל קטנים יותר מכלל השוק.

עם זאת, אף שמספר ספקי המוזיקה המקוונת הולך וגדל, אף אחד מהם אינו מציע, לפחות לא בשלב זה, רישוי של זכויות ביצוע פומבי, ורובם ככולם פונים אל המשתמשים הביתיים. ייתכן שהדבר נובע ממוגבלותה של הטכנולוגיה. יש להניח כי טכנולוגיות DRM יכולות להתיר או למנוע גישה למוזיקה אך אינן מסוגלות להבחין, לאחר שהותרה גישה, בין ביצוע פרטי לביצוע פומבי. הטכנולוגיה מסוגלת למנוע את המרתו של הקובץ הדיגיטלי לסיגנל אנלוגי, אך אינה יכולה לשלוט במספר האנשים שיאזינו למוזיקה לאחר שרמקול ימיר את הסיגנל האנלוגי בצליל ממשי. בדומה, הטכנולוגיה אינה יכולה לקבוע את ההקשר הכלכלי או החברתי שבו מתבצעת ההשמעה: פרטי או פומבי, מסחרי או שאינו מסחרי, וכדומה. כמו כן, הואיל ובשלב זה טכנולוגיות השידור אינן דיגיטליות במלואן, אין הטכנולוגיה יכולה למנוע שידור של סיגנל אנלוגי שהומד מקובץ דיגיטלי מוגן. למרות מגבלות אלה, טכנולוגיות DRM יכולות להיות שימושיות לצורך רישוי זכויות ביצוע פומבי ואכיפתן. הואיל ובאמצעות טכנולוגיות DRM יכול הבעלים של התוכן לשלוט בגישה אל המוזיקה ובמידת השימוש בה, וביכולתו לקבוע כי הגישה תינתן רק לאחר שהודעה המשתמש, יש באפשרותו להנהיג מערך יעיל של הפליית מחיר, ולתמחר את זכויות הביצוע הפומבי לפי מאפייניו של כל לקוח.¹⁶⁹ תחנת רדיו עשויה להידרש לשלם סכום גבוה יותר מזה שמשלמת מספרה. אמנם חלק מן המשתמשים עשויים לבסות להסתיר את העדפותיהם האמיתיות כדי לזכות במחיר נמוך יותר, וטכנולוגיות DRM אינן חסונות מפני פריצה ועל כן חלק מן המשתמשים ישמיעו מוזיקה פרוצה כדי להימנע מתשלום, אולם למסירת מידע מוטעה עשויות להתלוות השלכות משפטיות שליליות. מסירת מידע

168. מסיבה זו החליטה חטיבת ההגבלים העסקיים במשרד המשפטים האמריקני שלא להמשיך בחקירת חשדות להתנהגות אנטי-תחרותית של חברות התקליטים הגדולות בשוק זה. הורעה על סגירת חקירה מיום 23.12.2003, Statement By Assistant Attorney General R. Hewitt, Pate Regarding the Closing of the Digital Music Investigation (Dec. 23, 2003), [URL:http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2003/201946.htm]

169. מסיבה זו יש הסבורים כי עם ההתקדמות הטכנולוגית לא יהיה מקום להבחנה המשפטית בין זכויות שונות הכלולות באגד זכות היוצרים. ראו, למשל: Mark A. Lemley, "Dealing with Overlapping Copyrights on the Internet", 22 *U. Dayton L. Rev.* (1997) 547; Corey Field, "New Uses and New Percentages: Music Contracts, Royalties, and Distribution Models in the Digital Millennium", 7 *UCLA Ent. L. Rev.* (2000) 289

מוטעה עשויה, בין היתר, להביא לידי בטלות הרישיון ולגרום למשתמש להיות מפר זכויות יוצרים, למרות התשלום ששילם. משתמשים כבדים, ובפרט גופי שידור, אשר מהם מגיע עיקר ההכנסות בגין זכויות ביצוע פומבי, חשופים למדיי, ומן הסתם אינם יכולים להתנהל מתוך הטעיה, מרמה והפרת זכויות יוצרים לטווח זמן ארוך, בפרט כאשר מדובר ברכישת תשומה מרכזית עבורם. בנוסף, שיפורים בטכנולוגיית הניטור (אשר יידונו להלן) עשויים להקשות עוד יותר מתן מידע כוזב, או שימוש במוזיקה פרוצה ולהקל על בעלי הזכויות לתמחר את היצירות באופן דיפרנציאלי. לסיכומם של דברים, אף שטכנולוגיות DRM אינן מספקות הגנה מוחלטת ואינן מאפשרות, בשלב זה, להבחין בין ביצוע פומבי ובין ביצוע שאינו פומבי, ובין סוגים שונים של ביצוע פומבי, יכולתן לשלוט בגישה למוזיקה, להעניק גישה רק למי שהודחה לפנייהן, ואף לעקוב אחרי חלק מן השימושים במוזיקה, מאפשרת לבעלי הזכויות לנצל טכנולוגיות אלה כדי להעניק רישיונות ביצוע פומבי בעלות נמוכה תוך הנהגת הפלייט מחיר אפקטיבית.

3. טכנולוגיות ניטור מתקדמות

עד העת האחרונה, ניטור ביצוע פומבי של מוזיקה נעשה בטכנולוגיה פרימיטיבית. כדי לדעת אם הושמעה מוזיקה, נזקקו בעלי זכויות היוצרים להיות נוכחים פיזית בכל מקום שבו הושמעה מוזיקה, כדי להאזין ולתעד את פרטי ההשמעות. ברור לעין חוסר היעילות שבשיטת ניטור זו, וכפי שציינתי קודם לכן, חוסר יעילות זה הוא אחד הצידוקים המשמעותיים לפרקטיקה של הניהול המשותף והרישיון הגורף.¹⁷⁰ ההתקדמות הטכנולוגית אינה פוסחת גם על תחום זה. בפסקה הקודמת תיארתי את השימוש בטכנולוגיות DRM והתמקדתי ביכולתן להתיר גישה למוזיקה ולמנוע אותה. היבט נוסף שלהן הוא היכולת לנטר באופן אוטומטי את מידת השימוש, ובאופן מוגבל גם את אחדים מאופני השימוש וכן היכולת למנוע שימוש לא מורשה. מכאן שאם וכאשר ישמש האינטרנט ככלי העיקרי להפצת מוזיקה, וקבצי המוזיקה יהיו משולבים בטכנולוגיות DRM, בעיית הניטור והאכיפה עשויה להיעלם, שכן מנגנוני הניטור והאכיפה ייהפכו למובנים בתוך המוזיקה עצמה. אולם שיפורים בטכנולוגיות הניטור אינם מצומצמים רק לעולם המקוון ולקובצי מוזיקה שמשולבות בהם טכנולוגיות DRM. טכנולוגיות המאפשרות ניטור אוטומטי של תוכן משודר נהפכות לזמינות יותר ויותר. טכנולוגיות אלו מאפשרות לבעלי זכויות היוצרים לדעת אילו מיצירותיהם שודרו, מי שידר אותן, מתי וכיצד, גם כאשר מדובר בשידור קונבנציונלי-אנלוגי. אקו"ם, למשל, החל להשתמש בטכנולוגיה כזו.¹⁷¹ מדובר במערכת אשר מסוגלת לסרוק אוטומטית כל שידור, להשוות בין דגימת הקול של היצירות המשודרות ובין מאגר נתונים של יצירות, ובאופן זה לדווח מי שידר, מה ומתי. העובדה

170. חלק 4.1 לעיל.

171. אקו"ם, "העתיד כבר כאן" (1.9.2002) [URL: <http://makeashorterlink.com/?A6821240A>]; Press Release: ACUM Israel Copyright Society Moves to Fully Deploy Idioma CopyrightScanner™; [URL: <http://www.idiomasolutions.com/NewsEvents/News/ACUMIsrael.htm>]

ש"אקו"ם החלה להשתמש בטכנולוגיה אינה צריכה להטעות, שכן אין הכרח כי דווקא תאגיד לניהול משותף ישתמש בה. כשם ש"אקו"ם יכולה להשתמש בטכנולוגיה, גם חברות תקליטים, מו"לים ובעלי זכויות אחרים יכולים להשתמש בה, בין בעצמם, ובין באמצעות רכישת שירותי ניטור מצדדים שלישיים.

4. ניהול תחרותי מקוון של זכויות ביצוע פומבי

סקירת הטכנולוגיות החדשות מאפשרת לשרטט כעת בקצרה מודל היפותטי לניהול זכויות ביצוע פומבי באופן מקוון בשוק תחרותי. אין בכוונתי להציע מודל עסקי ניתן ליישום דווקא, אלא להשתמש במודל לצורך בחינת השפעתן של הטכנולוגיות החדשות על ההצדקה לניהול משותף. המודל מבוסס על שתי טכנולוגיות: האינטרנט וה-DRM, ומבחינות רבות דומה לשירותי המוזיקה המקוונים המורשים שכבר פועלים ותוארו לעיל, בהבדל אחד – שניתן לקבל באמצעות השירות גם הרשאה לביצוע פומבי. התשלום יכול להיות עבור שיר-עבור-שימוש (כל השמעה מחייבת את המשתמש ומוכח את המוכרים) או על בסיס רישיונות גורפים שונים (למשל, תשלום קבוע עבור כל השירים שבקטלוג של המוכר, או בקטלוג של יוצר מסוים). למודל זה עשוי להתלוות שימוש בטכנולוגיות הניטור האוטומטי שתוארו לעיל, כדי להניא משדרים מלשדר בלא רישיון מוזיקה שהושגה תוך עקיפת המערכת (למשל, בזהות שאולה או בדויה) או מוזיקה שמקורה במדיום לא מוגן, כגון אוספי התקליטורים הקיימים, או קובצי מוזיקה מוגנים שנפרצו.

נדמה כי אין זה קשה במיוחד לתאר עורך מוזיקלי בתחנת רדיו, או תקליטן במועדון, הממירים את ספריית התקליטים שלהם במחשב המחובר לרשת, ומרכיבים את רשימות ההשמעה שלהם מול המסך כשהם מחוברים לספק מקוון של מוזיקה. בדומה, אין קושי לדמיין בעל מספרה הבוחר בערבו של יום את השירים שיושמעו למחרת, או משלם לספק מוזיקה חיצוני כדי שירכיב עבורו רשימות השמעה לפי מבחר סגנונות שונים. אין גם צורך להפריז בדמיון כדי לשוות בנפשנו שלכל שיר כזה יוצמד תג מחיר, או שיוצע מחירים שונים לחבילות שונות או תנאי התקשרות מגוונים אחרים. בנוסף, גם האפשרות שמספר רב של ספקים יתחרו זה בזה ברפרטואר המוצע, בתנאי השירות, במחיר, ביכולת להתאים שירים להעדפות המשתמש וכדומה, אינה נראית בלתי מציאותית, וכמוה גם האפשרות שמשתמש יתקשר עם שני ספקים או יותר ויבחר בכל עת את ההצעה הטובה ביותר עבורו.

על רקע המתואר לעיל, יש מקום לבחון אם לנוכח הטכנולוגיות החדשות נותר מקום לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי, גם אם מקבלים את ההנחה, הבעייתית כשהיא לעצמה, כי ניהול משותף היה כורח המציאות, או לכל הפחות המנגנון היעיל ביותר, בטכנולוגיה הישנה. הטענה כי ניהול משותף מפחית במידה ניכרת את עלויות החיפוש וההתקשרות מאבדת חלק ניכר מתוקפה בעולם המקוון, המאפשר למשתמשים ולבעלי הזכויות לאתר בקלות וביעילות אלה את אלה ולהתקשר אלה עם אלה. טכנולוגיות DRM מאפשרות גם להקל את תהליכי הרישוי והגבייה ובנוסף, למכן את תהליכי חלוקת התמלוגים בין בעלי הזכויות השונים.

יש להניח כי גם בעולם המקוון יהיו יתרונות לגודל ולמגוון וכי יהיה זה בלתי כלכלי

ליוצר הבודד לנהל את זכויותיו בכוחות עצמו. כמו כן, יש להניח כי גם המשתמש יעדיף לרכוש מוזיקה ממוכרים שיוכלו להציע מגוון של שירים. על כן אין להניח כי ניהול פרטני על ידי היוצר הבודד יהיה תופעה נפוצה. עם זאת, אין סיבה מיוחדת להניח כי מוכר יחיד שירכז בידיו את הזכות להעניק רישיונות ביצוע פומבי לכלל הרפרטואר העולמי יהיה צורת המכירה היעילה ביותר. ניתן לצפות כי כמה מוכרים, שיציעו קטלוגים חופפים במידה זו או אחרת, אך בתנאים שונים, יוכלו להתקיים זה לצד זה ולהתחרות זה בזה (כפי שקורה בתחום מכירות המוזיקה המקוונות לשוק הביתי), וכן שלצדם יתקיימו ספקי גומחה אשר יתמחו בסוגות מוזיקה מסוימות, באמנים מסוימים או בסוגי לקוחות מסוימים.

כאמור, הטיעון המשכנע ביותר בדבר יתרונות הניהול המשותף נגע לייעילות בתחום הניטור והאכיפה. בנוגע לניטור, נמנע הצורך בניטור פיזי ומתמיד של עסקו של כל משתמש, ודי בבירור השאלה אם בעל העסק משמיע מוזיקה כלשהי ואם רכש מתאגיד הניהול רישיון אם לאו. בנוגע לאכיפה, סיעה האיום שהפרה תביא לידי הוצאת צו מניעה שיאסור את השמעת כלל היצירות המוגנות. שני יתרונות אלה של הניהול המשותף והרישיון הגורף נהפכים להסרי משמעות אם מיושמות טכנולוגיות DRM. הואיל וטכנולוגיות אלו שולטות בגישה למוזיקה, ומאפשרות לבעלי הזכויות לאפשר גישה רק למי שרכש רישיון, רישיון לשימוש במוזיקה נהפך מדרישה חוקית לכורח טכנולוגי – הרישיון נדרש לא רק להלכה אלא גם למעשה. ככל שהטכנולוגיה תהפוך את הגישה למוזיקה לתלויה ברישיון, ייהפכו יכולות הניטור והאכיפה לתכונה מובנית במוזיקה עצמה, ולא תהיה עוד תועלת בניהול המשותף.

יתרון נוסף שהקנה הרישיון הגורף, של הפחתת הסיכון המשפטי להשמעה לא מכוונת של מוזיקה שלא נתקבל בגינה רישיון, גם הוא נעלם עם יישומן של טכנולוגיות DRM, הואיל ומשתמש אשר יקפיד לרכוש ולהשמיע רק מוזיקה מוגנת, ממילא יהיה מורשה להשמיעה. כדי להימנע מסיכון זה כל שיידרש מן המשתמש הוא להקפיד ולרכוש את המוזיקה שלו רק מספקים מקוונים מורשים. ככל שתכונת מזעור הסיכונים שבניהול המשותף והרישיון הגורף הייתה אי פעם תכונה חשובה למשתמשים, הרי האינטרנט וה-DRM מאפשרים להם ליהנות ממזעור הסיכון גם בתנאי שוק תחרותי. יתרון נוסף של הניהול המשותף היה נעוץ ביכולת לפתור את בעיות המשאב המפוצל. בעיות אלה, ככל שהן אכן ממשיות, ופתרוןן אינם מושפעים ישירות מן האינטרנט או מיישומן של טכנולוגיות DRM. כך, למשל, בעיית פיצול הזכויות בשיר הבודד עשויה להכביד על יעילות הרישוי כל עוד כתיבת שירים והפקתם הן תוצר של שיתוף פעולה בין גורמים שונים שהחוק מקנה להם זכות יוצרים. עם זאת, האפשרות שטכנולוגיות אלה תאפשרנה התפתחות של שווקים תחרותיים, שלא היו קיימים קודם לכן, עשויה להמריץ את בעלי הזכויות ליצור משיריהם חבילות זכויות אשר תשווקנה באופן תחרותי.

כפי שציינתי קודם לכן, בעיה אחרת של המשאב המפוצל עשויה להתעורר כאשר זכויות הביצוע לשירים שונים, הדרושים למשתמש, הן מוצרים המשלימים זה את זה. הערכתי כי ככל שמדובר במצב שבו השירים השונים עצמם הם המוצרים המשלימים, היקף הבעיה הוא ככל הנראה מצומצם למדי, שכן קשה להעלות על הדעת מצבים רבים שבהם משתמש יהיה זקוק באופן מוחלט לשירים מסוימים ולא לאחרים. עם זאת, העליתי את האפשרות שלא

השירים הבודדים הם המוצרים המשלימים לכאורה, אלא שעקב קיומם של יתרונות לגודל בניהול זכויות, ניהול הזכויות ייעשה על ידי מתווכים שונים (מו"לים, למשל) שינפיקו רישיונות גורפים לרפרטואר שלהם. העליתי את האפשרות, שעקב הריכוזיות הגבוהה בשוק המוזיקה, ייתכן שתחנת רדיו לא תוכל לתפקד ולהתחרות באופן אפקטיבי בלי שיהיו בידיה רישיונות מכל אחד ואחד מן המתווכים העיקריים. מצב כזה יכול לבסס השערה שרישיון מכל מתווך הוא מוצר משלים לרישיון ממתווך אחר, ומכאן שניהול משותף עשוי לפתור את בעיית המשאב המפוצל בנסיבות אלה. ככל שהשערה זו נכונה, הטכנולוגיות החדשות עשויות לשנות את התמונה. הפחתת עלויות העסקה שטכנולוגיות אלה מאפשרות עשויה לעודד מעבר מרישוי של חבילות שירים (על גבי תקליט) לרישוי של שירים בודדים.¹⁷² אם הטכנולוגיות החדשות תאפשרנה למשתמשים לבהור בכל עת את השירים המסוימים שהם מעוניינים בהם, על בסיס שיר (להבדיל ממצב שבו הם רוכשים רישיון גורף ממו"ל או מחברת תקליטים), מבחר השירים החלופיים הזמין למשתמש בכל רגע נתון יהיה גדול בהרבה ממבחר המתווכים, ועל כן נראה כי סבירות שכחותה של בעיית המשאב המפוצל תשוב ותהיה נמוכה.

רישוי מקוון לא בהכרח פותר את בעיית המשאב המפוצל במצבים שבהם בחירת המוזיקה אינה נעשית כלל על ידי המשתמש, כגון בית עסק המשמיע מוזיקה המשודרת ברדיו או בית קולנוע המשמיע בפומבי את המוזיקה שבפסקול הסרט. אף שניהול משותף עדיף, לכאורה, במקרים אלה מרישוי פרטני, הראיתי קודם לכן כי רישוי במקור עשוי לפתור בה במידה את הבעיה, אך בתנאים תחרותיים. גם במקרה זה, העולם המקוון אינו מספק פתרון ישיר לבעיה, אולם עשוי להגדיל את מספר המצבים שבהם רישוי במקור יהיה אפשרי. כך, למשל, בתי עסק יוכלו להשתמש באינטרנט כדי לרכוש מוזיקה מספקים, שירכיבו עבורם רשימות השמעה על פי אופי העסק, לאחר שיקבלו רישיון במקור להתיר את ביצוען הפומבי של היצירות. אם העולם המקוון יציע לבתי עסק אפשרות לרכוש זכויות ביצוע פומבי באופן תחרותי, הם עשויים להעדיף להשמיע מוזיקה שנרכשה באופן זה במקום להשמיע מוזיקה מהרדיו, ומכל מקום, גם אם עבור ביצוע פומבי של יצירות ששודרו ברדיו ידרש רישיון מטעם תאגיד הניהול, קיומה של חלופה תחרותית זו עשוי להשפיע על המחירים שיוכל התאגיד לגבות.

ח. מזנופולין לתחרות – האומנם?

אם אמנם השינוי הטכנולוגי עשוי לאפשר את קיומו של שוק תחרותי לזכויות ביצוע פומבי, שיהווה תחליף לניהול המשותף, נשאלת השאלה אם שינוי זה אכן יתחולל מעצמו או שמא, משום קיומם של הסמים שונים, הן כאלה שמקורם בסביבה העסקית והן כאלה הנובעים מההסדרים המשפטיים הקיימים, לא יתחולל השינוי מעצמו ונחוצה התערבות רגולטורית או רפורמה חקיקתית כדי שיתחולל. ההנחה היא, כמובן, ששינוי כזה הוא רצוי,

172. הנטייה של מרבית ספקי המוזיקה המקוונים המורשים, למכור שירים כיחידות בודדות, להבדיל מתקליטים, מאששת השערה זו.

וכי כאשר היא אפשרית, עדיפה תחרות ממונופולין, אפילו מונופולין הנתון לפיקוח. על הנהגה זו יש העשויים לחלוק. אם התחרות בין בעלי הזכויות תגרום לירידה במחיר שהם יהיו מסוגלים לגבות עבור זכויות הביצוע הפומבי ומשום כך לפגיעה בהכנסותיהם, יש להניח כי אותם בעלי זכויות, שייפגעו מן השינוי, לא יברכו עליו. יש להניח גם כי הם ינסו למנוע אותו ויטענו, למשל, כי הפגיעה בהכנסותיהם תדכא יצירה וכי לכן האינטרס הציבורי לעודד יצירה מחייב להמשיך ולדבוק במודל הניהול המשותף. אין בכוונתי לדון בטיעון זה, אלא רק לציין כי אם יש בו ממש, מדובר בצידוק לניהול המשותף השונה מסוג הצידוקים שהושמעו עד כה. עד כה עיקר הטיעונים בוכות הניהול המשותף עסקו בכשל השוק המונע ניהול פרטני-תחרותי, וראו במונופולין מעין רע הכרחי הנחוץ כדי להתגבר על כשלי שוק אלה. טיעונים אלה הם סטטיים בעיקרם ומדגישים את עלויות העסקה שבהתקשרות פרטנית. הטיעון כי ניהול משותף נחוץ לצורך גביית מחירים מונופוליסטיים, אשר יעודדו את היצירה, מניח קיומו של כשל שוק ממין אחר – דינמי – ולפיו תחרות היא אמנם אפשרית, אך מכיוון שתוריד את רמת המחירים, תעודר פחות את היצירה ותביא לידי רמה תת-אופטימלית של השקעה בה. הואיל ומדובר בטיעון מסוג אחר, אשר קצרה הידיעה מלדון בו כאן, אתמקד בסוג הטיעונים הראשון בלבד ובהנחה שבבסיסו, שכאשר יכול להתקיים שוק תחרותי, מוטב שיתקיים שוק כזה.¹⁷³

היעדרם של מודלים לרישוי תחרותי של זכויות ביצוע פומבי, למרות ההתקדמות הטכנולוגית, בולט לעין ונראה כי השוק דבק במודל הניהול המשותף. להיעדרם של מודלים אלה יכולים להיות הסברים מספר. ההסבר הראשון, האופטימי, הוא שזהו רק עניין של זמן; שמדובר בטכנולוגיות חדשות ולכן השוק עדיין אינו בשל לשינוי. השינוי, גם אם יתמהמה, בוא יבוא. בשלב כלשהו תוטמע ההכרה, אם לא בקרב בעלי הזכויות הוותיקים אז בקרב בעלי זכויות ויוצרים חדשים, כי הטכנולוגיה החדשה מאפשרת להם הזדמנויות עסקיות שלא היו קיימות קודם לכן, והם יתחילו לנהל את זכויותיהם שלא באמצעות תאגידי הניהול. אזי יתערער מעמדם של תאגידי הניהול והם יתמוטטו כמו כל קרטל אשר אינו מסוגל למנוע מחבריו או ממתחרים חדשים לערוק מן ההסדר הקרטלי. תרחיש שונה במקצת, אך בה במידה אופטימי, הוא שגם אם תאגידי הניהול משותף אינם צפויים להיעלם, האפשרויות לרישוי תחרותי, אשר גלומות בטכנולוגיות החדשות, יהפכו את תאגידי הניהול לחשופים יותר לתחרות והמשך קיומם יובטח רק אם למרות הכול יציעו ללקוחותיהם מוצר טוב יותר או זול יותר לעומת הרישוי הפרטני. ההשפעה המוגברת לתחרות תביא לידי ירידה במחירים שתאגידי הניהול יהיו מסוגלים לגבות ותקרבו אותם אל הרמה התחרותית.

ההסבר השני, הפסימי, הוא שהטכנולוגיות החדשות אינן צפויות לצמצם באופן יסודי את עלויות ניהול הזכויות ולכן אין מקום לצפות לשינוי במבנה המונופוליסטי של השוק. לפי הסבר זה השוק היה ויהיה מונופולין טבעי, רישוי פרטני לא יהווה חלופה של ממש והדרך היחידה להתמודד עם פגעי המונופולין היא להטיל עליו פיקוח כזה או

173. קושי בולט בטיעון זה, הנוסף על העובדה שקשה לקבוע מהי רמת ההשקעה האופטימלית ביצירה, הוא שניתן להצדיק באמצעותו כל קרטל בין יוצרים.

אחר. וריאציה פסימית עוד יותר לתרחיש זה (לפחות מנקודת מבטם של המשתמשים) היא שהפצת המוזיקה אכן תתרחש בצורה מקוונת, תוך שימוש בטכנולוגיות DRM, אולם יהיו אלה תאגידי לניהול משותף שישלטו בה, באופן שרק יעצים את כוחם היחסי כלפי המשתמשים, שכן הטכנולוגיה תאפשר להם למנוע באופן מוחלט ומידי גישה למוזיקה מכל משתמש שלא יהיה מוכן לשלם את התעריפים שהם יקבעו, בשונה מהמצב כיום שבו מניעת הגישה מחייבת פנייה לבית המשפט, פעולה שכרוכה בעלות ומספקת בקרה כלשהי על התנהגות התאגיד.¹⁷⁴

ההסבר השלישי ממוקם בין שני ההסברים הקודמים, וניתן לכנותו בשל כך "ההסבר הריאלי". לפי תרחיש זה, בטכנולוגיות החדשות אכן גלום פוטנציאל להתפתחותו של שוק תחרותי, אלא שמכשולים שונים עשויים למנוע או לעכב מאוד את מימושו. ייתכן למשל, שאותם גורמים שהגבילו את חשיפתם לתחרות של תאגידי הניהול עד כה ושנדונו לעיל בחלק ה (הרפרטואר המגוון של הרישיון הגורף, או הריכוזיות בענף המוזיקה) ימשיכו להתקיים וימנעו או יעכבו את השינוי. לפי תרחיש זה מעבר השוק למודל תחרותי יחייב התערבות רגולטורית כלשהי, והיא מן הסתם תיתקל בהתנגדות של תעשיית המוזיקה בכלל, ושל תאגידי הניהול (ומנהליהם) בפרט, אשר לא ימהרו לתמוך ברפורמות שיובילו להיעלמותם לאובדן משרות בכיריהם.

בשלב זה קשה להעריך איזה מן התרחישים שתוארו לעיל יתממש ולכן קשה להמליץ על נקיטת צעדי מדיניות כלשהם. אם יתממש התרחיש הראשון, ההמלצה הטובה ביותר היא לא לעשות דבר אלא להמתין בסבלנות עד אשר כוחות השוק יעשו את שלהם. אם יתממש התרחיש השני, ההמלצה תהיה לנסות ליצור מנגנוני פיקוח יעילים ביותר. ההמלצות במקרה השלישי תלויות במידה רבה בזיהוי מדויק של הגורמים אשר מונעים את השינוי. אם, לדוגמה, הגורם המרכזי הוא הרישיון הגורף, אשר ניתן על בסיס 'הכול או לא כלום', ומגמד כל התקשרות פרטנית, ייתכן שהמרשם הראוי לטיפול בבעיה הוא לאסור את הניהול המשותף כדי לעודד רישוי במקור (בדומה למה שנעשה בתעשיית הקולנוע בארצות הברית), או לחייב את תאגידי הניהול להפחית את מחיר הרישיון הגורף, במקרים שבהם רכש המשתמש רישיונות ממקורות חיצוניים, ולהתאימו באותם מקרים לאופיו השיורי של הרישיון הגורף.¹⁷⁵ אם הגורם המעכב הוא הריכוזיות הגבוהה בשוק המוזיקה, ייתכן שלא ניתן להמליץ על פעולה ממשית כלשהי, בוודאי לא במנותק מן הגורמים לריכוזיות זו, או במנותק מדיון בהשלכות של צמצום הריכוזיות על היבטים אחרים של ענף המוזיקה. מכל מקום, המלצה כללית שכן ניתן להמליץ היא שיהא התרחיש אשר יהא, יש לוודא כי חסמים, שאינם נחוצים, יוסרו, וכי לא תינקטנה פעולות אשר יעכבו את ההתפתחות

Margaret J. Radin, "Regulation by Contract, Regulation by Machine," 160 *J. Inst. Theoretical Econ.* (2004) 1, p. 11. פרופסור Radin משווה את טכנולוגיות ה-DRM לצו מניעה מוחלט, אשר בשונה מצו מניעה שנותן בית המשפט, כפוף לשיקול דעתו הבלעדי של צד אחד לסכסוך.

175. המלצה כזו תצטרך להביא בחשבון את העלות הגבוהה של פיקוח כזה ואת חוסר הוודאות בנוגע לאפקטיביות שלו.

העתידיה ושיהיה קשה לשנותן. דוגמה לפעולה רצויה להסרת חסמים מיותרים היא הדרישה, כמו זו שבתנאי הפרוצדורה ובתנאי ההיתר הזמני לאקו"ם, להיעדר בלעדיות ביחסים שבין בעלי הזכויות לתאגיד הניהול. יש לאפשר גם התקשרות פרטנית באותם המקרים שבהם יהיה לצדדים משתלם לעשותה. דרישה כזו, אשר רצוי שתכלול גם אפשרות להתקשרות פרטנית באמצעות צדדים שלישיים (בדומה לתנאי שהוטל על ASCAP בשנת 2001), רלוונטית לכל אחד מן התרחישים. היא חיונית לאותם מצבים שבהם יכול להתקיים שוק תחרותי, ומכל מקום מועילה לחשיפת תאגיד הניהול ללחצים תחרותיים, גם אם השוק ימשיך להיות מונופולין טבעי. דוגמה לפעולה בלתי רצויה היא חקיקה, שחוקקו מדינות אחרות, המחייבת ניהול משותף –¹⁷⁶ ואינה מותירה פתח לניהול פרטני תחרותי.

מ. מודלים להתמודדות עם אתגר הניהול המשותף בישראל – הגבלים עסקיים לעומת הסדרה בחקיקה

על רקע כללי זה, ברצוני לבחון שני מודלים להתמודדות עם האתגר שמציבים התאגידים לניהול משותף בישראל: הסדרה על פי דיני ההגבלים העסקיים, שכבר הזכרתי, והסדרה על פי חקיקה ספציפית. הבחינה תיעשה על יסוד שתי הנחות שונות: האחת – שניהול משותף הוא כורת, ואז תיבחן השאלה איזה מן המודלים מתמודד טוב יותר עם ריסון כוח השוק של תאגידי הניהול, והשנייה – ששינויים טכנולוגיים או שינויים בתנאי השוק האחרים מאפשרים קיומו של שוק תחרותי, ואז תיבחן השאלה איזה מן המודלים מאפשר מעבר חלק יותר ממונופולין לתחרות.

1. מודל ההגבלים העסקיים

המודל הראשון שייבחן הוא הסדרה על פי דיני ההגבלים העסקיים. זהו, כאמור לעיל, המודל החל בארצות הברית זה למעלה מחמישה עשורים ובאחרונה הוחל גם בישראל. מודל זה, המבוסס על סיווג המשפטי של התאגידים לניהול משותף כהסדרים כובלים אשר יוצרים מונופולין, מכיר בתועלת הגלומה בניהול המשותף, אך יוצר מנגנונים לריסון כוח השוק של תאגיד הניהול. ריסון כוח שוק זה נעשה באמצעות צמצום יכולתו של תאגיד הניהול להודקק לסעדים, המוקנים בדין לבעלים של זכויות יוצרים, במקרה של סכסוך בין התאגיד ובין משתמש, שעניינו עצם החובה לשלם תמלוגים או שיעורם. התנאים שהושתו על תאגידי הניהול קובעים כי במקרה של מחלוקת כאמור, יוכל המשתמש להמשיך ולהשמיע מוזיקה תוך הפניית המחלוקת להכרעת צד שלישי – בית המשפט.¹⁷⁷ כל עוד מתבררת המחלוקת, ובכפוף לציות של המשתמש לתוצאות ההכרעה במחלוקת, מנוע תאגיד הניהול מלדרוש סעדים בגין הפרת זכות היוצרים של חבריו. בנוסף, נאסר על תאגידי הניהול

176. Gervais (לעיל, הערה 22).

177. עניין הפרוצדורה (לעיל, הערה 1), בפסקה 113, שכותרתה, "הגברת כח המיקוח של משתמשים כלפי הפרוצדורה"; עניין אקו"ם (לעיל, הערה 38), סעיף 5 לתנאים.

לסרב סירוב בלתי סביר להעניק רישיון;¹⁷⁸ הם כפופים לדרישת ה"סבירות" בקביעת דמי הרישיון, ונטל השכנוע בנוגע לסבירות זו מוטל עליהם.¹⁷⁹ דרישות אלה סוטות מן הדין הכללי בעניין זכויות יוצרים. בדרך כלל שמורה לבעלי זכות היוצרים חירות מלאה להחליט אם להעניק רישיון אם לאו ולקבוע את תנאיו.¹⁸⁰ הדרישות מבטאות אפוא את ההכרה בצורך לרסן את הכוח המונופוליסטי.¹⁸¹

תנאי נוסף מתוקף דיני ההגבלים העסקיים, שנועד לרסן את הכוח המונופוליסטי של התאגידים לניהול משותף, הוא ביטול הבלעדיות ביחסים שבין בעלי הזכויות לתאגיד הניהול. כפי שצוין קודם לכן, מטרתו של תנאי זה היא לאפשר קיומה של תחרות – לפחות פוטנציאלית – אשר תוכל לרסן, ולו במעט, את כוח השוק של התאגיד. חשיבותו של תנאי זה גדלה והולכת ככל שההתפתחות הטכנולוגית מרחיבה את ההזדמנויות לניהול פרטני, בשוק תחרותי, של זכויות ביצוע פומבי. על יסוד הנחת המונופולין הטבעי המפוקח, תנאי

178. שם, סעיפים 4.3 ו-4.4 לתנאים; עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 113 שכותרתה "הגבלת כח השוק שבידי הפדרציה".

179. שם, שם; עניין אקו"ם (לעיל הערה 38), סעיף 5.8.

180. עניין גלי צה"ל (לעיל, הערה 11). למרבה הצער סירב בית המשפט להחיל דין שונה בהקשר זה על תאגיד לניהול משותף ולהגביל את יכולתו להיזקק לסעד מניעה זמני. בית המשפט הוסיף אמנם פתח להחלת דין שונה על בסיס הוראות חוק ההגבלים העסקיים, אולם סבר כי הכרעה בשאלה זו אינה נחוצה באותו מקרה, ומכל מקום סבר כי לא היה בידי המשיבים לבסס את טענתם מכוח דיני ההגבלים העסקיים. נקודה נוספת הראויה לציון היא שכוחה התקדימי של החלטה זו ראוי שייבחן עם החלטות מאוחרות יותר של בית המשפט באותו התיק. בהחלטה האמורה העניק בית המשפט צו מניעה זמני כמבוקש, אולם ביצוע צו המניעה הזמני עוכב למשך 60 ימים, בכפוף לתשלום סכום שלא היה שנוי במחלוקת, והצדדים הופנו להליך של גישור (עניין גלי צה"ל (לעיל הערה 11), החלטה מיום 14.1.2003, טרם פורסמה). חודשיים מאוחר יותר, לאחר שלא הושג הסכם, ניתנה החלטה נוספת המפנה את הצדדים לגישור, תוך עיכוב נוסף בביצועו של צו המניעה (עניין גלי צה"ל (לעיל הערה 11), החלטה מיום 26.3.2003, טרם פורסמה). צו המניעה לא חודש מעולם, ועיון באתר בית המשפט מגלה כי התיק נסגר לאחר שהושגה פשרה בין הצדדים. נמצא, כי אף שהחלטה הראשונה דחתה, להלכה, את העמדה כי יש להימנע ממתן צו מניעה זמני, ההחלטות המאוחרות קיבלו, למעשה, עמדה זו, והסכסוך הובא לדיון במתכונת יישוב סכסוכים דומה בעיקרה לזו שהחיל בית הדין להגבלים עסקיים על תאגידי הניהול.

181. ראו, עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 112: "מקובלת עלינו עמדתו של הממונה, כי יש להסתפק בהליך זה בקביעת מנגנונים שירסנו את כח השוק של הפדרציה, ויבטיח ללקוחות הנזקקים לשירותיה, אם יחלקו על המחיר הנדרש מהם, מנגנון מבני והתנהגותי אשר יגביר את כשר המיקוח של המשתמשים מול הפדרציה ויאפשר קביעת מחיר סביר והוגן. על מתכונת זו הושתת גם הצו המוסכם (consent decree) של משרד המשפטים האמריקאי וארגוני ניהול הזכויות ASCAP ו-BMI"; לעניין נטל השכנוע המוטל על הפדרציה להצדיק את דמי הרישיון שהיא דורשת ראו, שם, פסקה 113 סיפא.

זה הוא תוספת רצויה, אך לא בהכרח חיונית, למנגנוני הפיקוח האחרים, בהיותו מציב אך רף עליון, גבוה למדי, ליכולת קביעת התמחיר המונופוליסטי. לעומת זאת, על יסוד ההנחה שניתן לפתח שוק תחרותי תנאי זה הוא חיוני, שכן בהיעדרו הסיכוי להתפתחות של שוק תחרותי הוא קלוש ומותנה בכך שיהיה מספר גדול דיו של בעלי זכויות שיבחרו שלא להצטרף אל תאגיד הניהול כליל או לפרוש ממנו.

לפיקוח מכוח דיני ההגבלים העסקיים שני יתרונות עיקריים, אשר נובעים מן המנדט של דיני ההגבלים העסקיים למנוע פגיעה שלא לצורך בתחרות ולהתיר פגיעה שכזו רק כאשר התועלת שבפרקטיקה המוצעת עולה על הנזק שבהפחתת התחרות הכרוכה בה.¹⁸² היתרון הראשון הוא שתוקיות הניהול המשותף היא תלויה הקשר – אישור לקיומם של תאגידי הניהול יינתן כל עוד תנאי השוק וטכנולוגיות ההפצה והניהול בתחום יצדיקו את הניהול המשותף במובן זה ששוק זכויות הביצוע הפומבי יתפקד בצורה יעילה יותר באמצעות מונופולין מאשר בתנאי תחרות. הואיל וברירת המחדל של דיני ההגבלים העסקיים היא העדפת התחרות מהסדר המונופוליסטי, שינויים בטכנולוגיה או שינויים בהבנת תנאי השוק, אשר בעטיים יתהפך מאזן התועלת והנזק יביאו, בהכרח, לידי אי-אישורו של ההסדר (או לביטולו של הסדר שאושר), אפילו היה זה הסדר מועיל בנסיבות הישנות. הואיל ואישורו של הסדר כובל ניתן לתקופה קצובה,¹⁸³ והארכת האישור בתום התקופה מחייבת בחינה מחודשת של מאזן התועלת והנזק, מונע המנגנון הקבוע בחוק ההגבלים העסקיים מצב שבו ייוותר על כנו הסדר כובל מונופוליסטי לאחר שפקעה ההצדקה לקיומו.¹⁸⁴ היתרון השני הוא שגם כאשר מאושר הסדר, יש ביכולתו של בית הדין להתנות תנאים לאישור, וההסדר יהול רק על אותם מקטעי שוק שבהם אכן יש תועלת בהסדר, ויש ביכולתו למנוע כבילות אשר אינן נחוצות להשגת התועלת. בקיצור, יתרונו הגדול של הפיקוח מכוחם של דיני ההגבלים העסקיים הוא בגמישות, הן לטווח ארוך – בהתאמת ההסדרים לטכנולוגיות ולתנאי השוק המשתנים ולהתפתחויות בהבנה הכלכלית של נסיבות השוק, והן בו בזמן, בהתאמה וכוונון של פרטי ההסדר לנסיבות ספציפיות.

חסרונו של מודל הפיקוח מכוח דיני ההגבלים העסקיים הוא שאין הוא מכיל מנגנון לקביעת התעריפים. לכאורה, סעיף 29א(ב)(1) לחוק ההגבלים העסקיים, הקובע כי גביית מחירים 'בלתי הוגנים' בידי בעל מונופולין מהווה ניצול לרעה של מעמדו, בצירוף סעיף 30, המאפשר לממונה לתת לבעל המונופולין הוראות בדבר מניעת ניצול לרעה כאמור, וכן סעיף 9, המאפשר לבית הדין, בכואו לאשר הסדר כובל, להתנות את אישורו בתנאים, היו יכולים לשמש בסיס לקביעת התעריפים, שגובים תאגידי הניהול, בידי הממונה או

182. סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים.

183. סעיף 11 לחוק ההגבלים העסקיים.

184. סעיפים אחרים מחוקים מגמה זו: סעיף 12 לחוק ההגבלים העסקיים מסמיך את בית הדין להגבלים עסקיים לבטל אישור או לשנות את תנאיו, במהלך תקופת האישור, אם שוכנע, על פי בקשה של הממונה, כי חלו שינויים מהותיים בנסיבות שהיו קיימות בעת מתן האישור. סעיף 16 לחוק ההגבלים העסקיים קובע כי שינוי בפרט מהותי בהסדר כובל שאושר דינו כדין הסדר כובל חדש הטעון בקשה מחודשת לאישורו.

בית הדין, אולם בעניין הפדרציה דחה בית הדין רעיון זה מכמה טעמים, והעיקריים שבהם הם שמבחינה מעשית, אין בידו לבחון את כל מאות התעריפים שקובעת הפדרציה במחירון. קביעה כזאת, לדעת בית הדין, מחייבת בחינה מקיפה ומורכבת של מאות עסקים ומאפייניהם, אשר אין בידי בית הדין אפשרות מעשית לבצעה, וכן ש"פיקוח על מחירי הפדרציה יצריך התערבות שוטפת של בית הדין לצורך אכיפה ועדכון של התעריפים, תפקיד שאינו מעניינו של בית הדין".¹⁸⁵ היעדר הכשירות המוסדית לקיים מנגנון שכזה מאפיין במידה רבה גם את הממונה ואת רשות ההגבלים העסקיים. היעדר מנגנון לפיקוח מראש על התעריפים מחייב משתמש. החולק על התעריף הנדרש ממנו, להתדיין על כך בבית המשפט, הליך הכרוך, כמובן, בעלות לא קטנה. עם זאת, אין להפריז בחשיבותו של חיסרון זה. חשיבותו של התנאי המאפשר לבית המשפט לקבוע את שיעור התמלוגים אינה נעוצה בתקווה כי יהיה בכוחו של בית המשפט לקבוע, מכוח כישוריו המשפטיים, את המחיר ה"סביר". חשיבותו של התנאי נעוצה בכך שהסרת האיום, שיוצא נגד המשתמש צו מניעה זמני (או שיחויב בפיצויים סטטוטוריים, או שתוגש נגדו קובלנה פלילית) אם אינו מוכן לשלם את מלוא התשלום שנדרש ממנו, משנה את כוח המיקוח היחסי של הצדדים, ועשויה לעודד את תאגיד הניהול להתפשר עם המשתמש על שיעור תמלוגים נמוך יותר מהמחיר המונופוליסטי המקסימלי שהוא מסוגל לגבות, כדי להימנע מעלות ההתדיינות ולהימנע מן הנזק התקדימי שבקביעת המחיר על ידי בית המשפט. אולם תנאי זה מניח כי לבית המשפט נתונה הסמכות להכריע בשאלת שיעור התמלוגים שראוי שישולמו, אך אין ודאות כי סמכות זו אכן נתונה לו, שכן בדרך כלל צדדים לעסקה פוטנציאלית, אשר אינם מצליחים להגיע לכלל הסכמה בנוגע למחיר שישולם, אינם יכולים לפנות לבית המשפט בהליך שיקבע את המחיר הראוי. מסיבה זו התנאים לאישור ההסדר הכולל מחייבים את תאגיד הניהול לפתוח את ההליך בתובענה שעילתה הפרת זכות יוצרים, בצירוף הודעה לפיה מוכן התאגיד לוותר על הסעד המבוקש אם ישלם המשתמש את דמי הרישיון בסכום שיקבע בית המשפט.¹⁸⁶ בשלב זה קשה להעריך אם ייענו בתי המשפט לאתגר זה או ידחו אותו. אם יפסקו בתי המשפט כי אין בידיהם הסמכות העניינית להכריע בשאלת שיעור התמלוגים, אזי רכיב זה של הפיקוח מכוח דיני ההגבלים העסקיים ינוטרל.

חיסרון שני הוא שגם אם ייאותו בתי המשפט לרדוף בשאלת שיעור התמלוגים, יש להניח כי יהיו אלה בתי משפט שונים שידונו בכך, לפי כללי הסמכות המקומית. הואיל ומדובר בנושא סבוך וחדש עבור בתי המשפט, יש להניח כי לפחות בשלב הראשון, יינתנו

185. ראו, עניין הפדרציה (לעיל, הערה 1), בפסקה 111. בית הדין ציין שני נימוקים נוספים: האחד, שלמעט התאחדות המלוונות והתאחדות בעלי אולמות האירועים, הלקוחות העלולים להיפגע מקביעת המחירון לא היו צד לדין ולכן ייקשה [על בית הדין] לקבוע את סבירות התעריפים, הנגזרת, במידה רבה, ממאפייני הביקוש של עסקים אלה, בלא שהעסקים הנוגעים בדבר או נציגיהם יאמרו את דברם... ייתכן שהמנגנונים המרסנים שנקבעו בהליך זה יובילו לשינוי התעריפים הקיימים של הפדרציה, תהליך שלא ניתן לבחון אותו בשלב זה...".

186. שם, בפסקה 113 סיפא; הסדר דומה נקבע בעניין אקוים (לעיל, הערה 38), סעיפים 5.6.2 ו-5.7 לתנאים.

פסיקות שונות. עם זאת, אפשר שמדובר דווקא ביתרון, שכן דווקא משום שמדובר בנושא סבוך וחדש, ייתכן שגישות שונות לפתרון השאלה יביאו במרוצת הזמן לידי התפתחות אבולוציונית בריאה יותר של הדין גם במחיר הגברת אי-הוודאות בתקופת הביניים. חיסרון נוסף של השיטה הוא שההסדרה יכולה לחול רק על אותם בעלי זכויות המבקשים לפעול באמצעות תאגיד הניהול, אולם היא מוגבלת ביכולתה לעצב את כוחות השוק ולהחיל הסדרים גם על צדדים שאינם חלק מתאגיד הניהול, גם אם הסדרה אופטימלית הייתה עושה כן. אם, למשל, אחת המסקנות העולות מהחלת תיאוריית המשאב המפוצל על תחום זכויות הביצוע הפומבי היא כי בתנאי מונופול עדיף תאגיד ניהול יחיד, שייצג את כלל סוגי בעלי הזכויות ביצירות הרלוונטיות (מחברים, מפיקים, ומבצעים), מכמה תאגידים מונופוליסטיים שיספקו מוצרים המשלימים זה את מוצריו של זה, לא ברור אם וכיצד יכולים דיני ההגבלים העסקיים לדרוש את קיומו של תאגיד יחיד כזה.¹⁸⁷

2. מודל ההסדרה החקיקתית

בכוחה של הסדרה חקיקתית לפתור חלק מן הבעיות שאתן מתקשים דיני ההגבלים העסקיים להתמודד. דוגמה מובהקת לכך היא שאלת סמכותם של בתי המשפט להכריע בשאלת שיעור התמלוגים. כאמור, סמכות זו נתונה בספק ולכן נתונה בספק גם האפקטיביות של התנאים שקבע בית הדין לפעולת תאגידי הניהול. חקיקה שתקנה סמכות זו, תבהיר את הדרוש הבהרה. הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), שיום משרד המשפטים, היא הצעה מסוג זה. ההצעה מסמיכה את בית המשפט המחוזי בתל-אביב (ובשלב מאוחר גם בתי משפט נוספים לפי הצורך) לדון במחלוקות בענייני תמלוגים המתעוררות בין תאגיד לניהול משותף ובין חבריו ובין ובין המשתמשים. ההצעה קובעת גם אמות מידה אחדות לקביעת שיעור התמלוגים הראוי שבית המשפט יוכל להיעזר בהם, ומאפשרת לבית המשפט גם לצרף להליך תאגידים נוספים שהמשתמש צפוי להידרש לשלם להם עבור השמעת מוזיקה. ההצעה עשויה אפוא להיות פן משלים, ולא בהכרח חלופי, להסדרת פעילותם של תאגידי הניהול הנעשית לפי דיני ההגבלים העסקיים.

אולם האפשרויות להסדרה חקיקתית אינן מצומצמות רק להקניית סמכות שיפוט כאמור, ולא אחת נקבעו בחקיקה במדינות שונות הסדרים נרחבים יותר בנוגע לפעילותם של תאגידים לניהול משותף. מנגנון מקובל במדינות אחדות הוא הקמתו של טריבונל, אשר אחד מתפקידיו הוא לבחון מראש את התעריפים המוצעים על ידי תאגידי הניהול. באחרונה, למשל, נדון בוועדת משנה של ועדת הכלכלה של הכנסת, ועדה שהוקמה לעניין חישוב התמלוגים לבעלי זכויות יוצרים ומבצעים, רעיון לאמץ את המודל הקנדי. הרעיון

187. אמנם ייתכן שבית הדין, בבחנו בקשה לאישור הסדר כובל, יסרב לאשר את ההסדר בנוגע לכל אחד מסוגי התאגידים מן הטעם שההסדר המוצע אינו טוב דיו, וסירוב שכזה יגרום לכלל התאגידים להגיש בקשה מחודשת להקמת תאגיד משותף, אולם גם אם רשאי בית הדין לסרב לאשר הסדר בנסיבות אלה, אין ודאות כי זה התרחיש שיתקיים וודאי שאין בידי הסמכות לכפות על צדדים שלישיים להיות צד להסדר כובל.

הועלה בחוות דעת כלכלית חיצונית שהזמינה ועדת המשנה.¹⁸⁸ אף שאין מדובר בהצעה קונקרטית ואין לדעת אם אי-פעם תובא הצעה קונקרטית שכוון לדיון, מפרוטוקול הדיון עולה שהרעיון להקים טריבונל, שיבחן ויאשר מראש את התעריפים, זכה לאהדה בקרב רבים מן הדוברים בדיון.

יתרונן המרכזי של הליך לאישור מראש של התעריפים הוא בהגברת הוודאות בנוגע לחוקיות התעריפים המבוקשים, הגברת השקיפות והפחתת תחושת השרירותיות. בנוסף, משאשר התעריף, נחסכת לצדדים עלות ההתדיינות. אלא שלצד יתרונות אלה יש גם לא מעט חסרונות. למרות הפחתת תחושת השרירותיות ומראית העין של פיקוח, אין למעשה כל ודאות שהתעריף שאושר גורע, ולו במעט, מכוחו המונופוליסטי של התאגיד. משאשר התעריף וזכה בחותמת הכשרות של הטריבונל, אין למשתמש אפשרות לתקוף את התעריף, ועל כן האפקטיביות של הטריבונל תלויה בכך שלמשתמשים יהיו תמריצים מספיקים לתקוף מראש את התעריף המוצע. ההליך בטריבונל מבוסס על תעריפים מוצעים, שאותם מבקש התאגיד לגבות, ועל התנגדויות של משתמשים, או איגודי משתמשים, לתעריפים אלה. כאשר מדובר בתעריפים הנגבים מתאגידי שידור, הסכומים שבהם מדובר הם גבוהים דיים כדי שתאגידי השידור אכן יגישו התנגדויות, יגייסו מומחים, ויישאו בעלות ההתדיינות הגבוהה הכרוכה בכך. יתרה מזו, לא פעם מכון כל תעריף בתחום השידור אל קבוצה מצומצמת מאוד של משתמשים, דבר המקל את האפשרות של אותם משתמשים להתארגן לצורך הגשת התנגדויות ולהתגבר על הנטייה של כל אחד מהם ליהנות ממאמצי של האחר. העובדה שתאגידי השידור אחראים לעיקר הכנסותיהם של תאגידי הניהול, וכל אחד מהם לנתח עיקרי, וכן העובדה שבעלי הזכויות זקוקים לשידור יצירותיהם לשם קידום מכירותיהם, יוצרים לעתים מצב של מונופולין דו-צדדי (bilateral monopoly), או "שוק דק", מצב שבו מול מוכר יחיד (או כמעט יחיד) ניצב רוכש יחיד (או כמעט יחיד).¹⁸⁹ תופעה שכוחה במצבים שכאלה היא שהמשא ומתן בין הצדדים נקלע למבוי סתום, והבעיה העיקרית אינה ריסון כוח השוק של מי מהצדדים אלא כיצד להיחלץ מן המבוי הסתום.¹⁹⁰ האפשרות שצד שלישי יפסוק במקרה של מבוי סתום במשא ומתן עשויה להקל את השגת סיומו המוצלח של המשא ומתן.¹⁹¹

188. פרוטוקול ישיבת ועדת המשנה של ועדת הכלכלה (לעיל, הערה 36).

189. Cirace (לעיל, הערה 69), בעמ' 85-281.

190. הסכסוך בין אקו"ם לגלי צה"ל, שנדון בעניין גלי צה"ל (לעיל, הערה 11) הוא דוגמה למבוי סתום שכזה. בסוף שנת 1998 פקע רישיונה של גלי צה"ל. למעלה מארבע שנים של מגעים כושלים חלפו עד שבהמלצת בית המשפט העליון פנו הצדדים לגישור.

191. Ian Ayres and Eric Talley, "Solomonic Bargaining — Dividing a Legal Entitlement to Facilitate Coasean Trade", 104 *Yale L. J.* (1995) 1027, pp. 1092-1094 (רישיון כפייה בנוגע לזכויות קניין רוחני פותר בעיות של מבוי סתום במשא ומתן לנתינת רישיונות במצבים של שוק דק האופייניים לתחום הקניין הרוחני). הסדר לפיו תאגיד לניהול משותף חייב להעניק רישיון אם ישולמו תמלוגים בשיעור שיקבע בית המשפט או טריבונל אחר הוא סוג של רישיון כפייה.

לעומת זאת, כאשר מדובר במשתמשים קטנים כגון מסעדות, גני אירועים וכדומה, ניתן לצפות לקשיים חמורים בביצוע פעולה קבוצתית (collective action), הנובעים ממספרם הגדול יחסית של החברים וביזורם בכל קבוצה, ומהפיתוי ליהנות ממאמציהם של האחרים. לפיכך, ניתן לצפות כי משתמשים קטנים לא יהיו מיוצגים כלל בהליכים לפני הטריבוונל, ואף אם יהיו מיוצגים, יהיה זה לעתים ייצוג לקוי בגלל קשיי מימון.¹⁹² ניתן, כמובן, לטעון שייצוג לקוי עדיף מהיעדר ייצוג ועל כן האפשרות שהטריבוונל כן ישקול את שיקוליהם של המשתמשים הקטנים, אפילו באופן חלקי, עדיפה ממצב שבו האינטרסים שלהם לא יישקלו כלל, אולם יש לזכור כי האפשרות בהחלט קיימת שחותם הכשרות על פי מודל הטריבוונל יפעל לרעתו של המשתמש הקטן, שכן לאחר אישור התעריף, בהליך שפעמים רבות אינו נגיש לו, אין עומדת לפני המשתמש הקטן כל דרך לחלוק על התעריף הנדרש ממנו, והברירה בידיו לשלם את התעריף המונופוליסטי שנקבע או להימנע מהשמעת מוזיקה. טעמים אלה מטילים ספק במידת עדיפותו של תהליך אישורם מראש של התעריפים הנגבים על ידי תאגידי הניהול מהאפשרות לפנות לבית המשפט בסכסוך מסוים. אשר לתאגידי שידור, ממילא ייתכן שהפונקציה העיקרית של התהליך היא למנוע את המבוי הסתום במשא ומתן ולא דווקא את כוח השוק של התאגיד, ואין זה ברור מדוע מודל אחד עדיף מהאחר. בהיעדר יתרון בולט למודל הטריבוונל, ראוי לשקול גם את העלות הכרוכה בהפעלתו. הטריבוונל הקנדי הוא דוגמה לטריבוונל שמבצע את עבודתו ברצינות ראויה להערכה. הוא מקיים הליכים, שומע עדים ועדויות מקיפות, מפרסם החלטות מנומקות, והכול בפרקי זמן סבירים, אולם לצורך כך מועסקים בו חמישה חברים במשרה מלאה, בנוסף לצוות מסייע של משפטנים, כלכלנים ואנשי מנהלה. תקציב הפעילות של הטריבוונל הוא כ-2.9 מיליון דולר קנדי¹⁹³ שהם כ-10 מיליון ש"ח.¹⁹⁴ יש להניח כי היקף הפעילות של טריבוונל דומה בישראל לא יהיה שונה, שכן אותם סוגי זכויות מוגנים בדין הישראלי ומן הסתם קיים דמיון גם בסוגי המשתמשים. גם אם עלויות השכר בישראל נמוכות מאלו שבקנדה, הרי עדיין מדובר בסכום ניכר, במיוחד לעומת שווי של שוק התמלוגים בישראל, אשר לפי ההערכות שנמסרו לוועדת המשנה של ועדת הכלכלה הוא כ-130 עד 150 מיליון ש"ח בשנה.¹⁹⁵ בשים לב לתועלת המוטלת בספק של טריבוונל זה, יש מקום לתהות אם מדובר בשימוש נכון בכספי משלם המסים.

פרמטר נוסף שלאורו יש לבחון את התועלת שבהסדרה חקיקתית הוא החשש שחקיקה שכזו תקבע הסדרים קשיחים, שלא יהיו רגישים לשינויים טכנולוגיים ושינויים בתנאי

192. איגודים עסקיים שייצגו מספר רב של חברים עשויים לפתור מקצת בעיות אלה, אולם במקרים רבים יהיה זה פתרון חלקי, שכן לא פעם האיגוד העסקי עצמו אינו מייצג בהכרח את כל החברים הפוטנציאליים או שבעיות הפעולה הקבוצתית גורמות לכך שהמשאבים שבידו יהיו מצומצמים, או שפעולתו תהיה לקויה בשל בעיות ייצוג.

193. Copyright Board of Canada, 2004-2005, Estimates Report on Plans and Priorities 18. [URL: <http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/est20042005-e.pdf>] (2004).

194. סכום זה הוא כמובן רק תקציב הפעילות של הטריבוונל עצמו. עלות ההתדיינות בו, המערבת לא אחת עורכי דין ועדים מומחים מן השורה הראשונה, גבוהה בהרבה.

195. פרוטוקול הדיון של וועדת המשנה של וועדת הכלכלה (לעיל, הערה 36).

השוק. סכנה כזו תלויה כמובן בפרטיה של החקיקה, אולם המודל הקנדי מאפשר להצביע על כמה סכנות אפשריות. כך, למשל, סעיף 19 לחוק זכות היוצרים הקנדי (Copyright Act) קובע כי תמלוגים למפיקי תקליטים ולמבצעים בגין ביצוע פומבי של רשומת קול של יצירה מוזיקלית ישולמו לתאגיד לניהול משותף של מפיקים ומבצעים ויחולקו, מחציתם למפיק (או למפיקים) ומחציתם למבצע (או למבצעים).¹⁹⁶ הגיונו של סעיף זה נטוע בפרדיגמת המונופולין הטבעי, התופסת ניהול משותף ככורה. ההוראה כי ישולם רק פיצוי הולם ("equitable remuneration"), ששיעורו נקבע על ידי הטריבונל, מחלישה, לכאורה, את כוח השוק של התאגיד, שכן שיקול הדעת הסופי בדבר שיעור התמלוגים מופקע ממנו, והקביעה כי ישולם תשלום אחד לתאגיד המייצג הן את המפיקים והן את המבצעים מונעת את בעיית המשאב המפוצל שהייתה מתעוררת לו היה נדרש תשלום נפרד לכל אחד מהם.¹⁹⁷ הגיונו של הסדר זה בעולם כאשר הפרדיגמה מתחלפת בפרדיגמה תחרותית. גם אם הטכנולוגיה ותנאי השוק יאפשרו זאת, וגם אם מפיקי התקליטים והמבצעים בקנדה יהיו מעוניינים בכך, אין באפשרותם להעניק רישיונות ביצוע פומבי באופן פרטני-תחרותי, שכן המחוקק קבע הסדר חובה של ניהול משותף, וקיבע בחוק את קיומו של מונופולין שאולי אבד עליו הכלת. במצב זה תחרות בשוק תתאפשר רק אם החוק ישונה.

דוגמה דרמטית פחות, אף שתוצאתה דומה, היא זכויות הביצוע הפומבי של היוצרים המתבררים. אשר לזכויות אלה, המנוהלות בקנדה על ידי ארגון SOCAN¹⁹⁸ (המקביל לאק"ם), אין החוק הקנדי מחייב את ניהולן משותף, אולם הוא מאפשר זאת, וקובע מנגנוני פיקוח מפורטים. סעיפים 67 עד 69 עוסקים בתאגידי ניהול של זכויות ביצוע פומבי. הם מחייבים את התאגידים לספק לציבור מידע על אודות היצירות המנוהלות על ידיהם,¹⁹⁹ מוטלת על התאגידים חובה להגיש לטריבונל את התעריפים שהם מבקשים לגבות מן המשתמשים לצורך בחינתם ושמיעת התנגדויות,²⁰⁰ ומוגבלת עד מאוד יכולתם של התאגידים לאכוף את זכויות היוצרים שלהם או של חבריהם אם לא הוגשו התעריפים לטריבונל.²⁰¹ הגדרת המונח "תאגיד לניהול משותף" ("collective society"), בסעיף 2 לחוק, מכילה גם דרישה כי התאגיד יקבע מערכת תעריפים נבדלים לקבוצות שונות של משתמשים שעל פיה יעניק את הרישיונות. התוצאה של מסגרת סטטוטורית לפיקוח

196. Copyright Act, s. 19.

197. יוער כי הסדר זה חל רק על ניהול זכויותיהם של מפיקים ומבצעים, ולא על זכויותיהם של המתבררים. לאחרונים מוענקת, לכאורה, זכות יוצרים מלאה ולא רק זכות לפיצוי הוגן, אלא שלמעשה גם זכות זו מוגבלת כאשר היא מנוהלת במשותף. כמו כן, הפתרון לבעיית המשאב המפוצל הוא חלקי שכן פתרון עקיב היה קובע תשלום אחד לכל סוגי בעלי הזכויות. ניתוח הגורמים לחוסר העקיבות ולחלקיות ההסדר חורג מתחומו של מאמר זה.

198. קיצור של: "The Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada".

199. Copyright Act, s. 67.

200. שם, s. 68.1.

201. שם, s. 67.4 (הסעיף קובע כי תאגיד שאינו מגיש את תעריפיו לטריבונל, מנוע מלאכוף את הזכויות בלא אישור בכתב של השר לעניינים צרכניים ולענייני תאגידים).

על פעולותיהם של תאגידי לניהול משותף היא שתחולת דיני ההגבלים העסקיים עליהם מצומצמת. לפחות במקרה אחד דחה בית משפט פדרלי טענה כי הניהול המשותף היה הסדר אסור של תיאום מחירים בצינו כי בשל קיומה של מסגרת הפיקוח הסטטוטורית קמה לתאגיד הניהול הגנת התעשייה המוסדרת (Regulated Industry Defence) אשר מכוחה נדחת תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים.²⁰² בדומה למקרה של תאגיד המפיקים והמבצעים, ההחלה של הגנת התעשייה המוסדרת הגיונית כאשר הפרדיגמה היא זו של המונופולין הטבעי. אם הדרך היעילה ביותר לנהל את זכויות הביצוע היא באמצעות מונופולין, ואם קבע המחוקק מסגרת להסדרת פעולותיו של המונופולין, הגיוני להטיל ספק בתועלת שבהחלה של מסגרת פיקוח נוספת מכוחם של דיני ההגבלים העסקיים. עם זאת, אף שעם המעבר לפרדיגמה התחרותית נעלמות גם ההצדקה והתועלת שבמסגרת הפיקוח, הגנת התעשייה המוסדרת לא בהכרח תחרל להתקיים ולא ניתן יהיה לרתום את דיני ההגבלים העסקיים לצורך פירוקו של המונופולין והחדרתה של התחרות. בית המשפט עשוי, במידה רבה של היגיון, להמשיך ולדבוק בהגנה בנימוק שכל עוד נותר הסדר הפיקוח הסטטוטורי על כנו, שינוי הפרדיגמה הוא עניינו של המחוקק. גם במקרה זה הסדר הפיקוח הסטטוטורי שהיה אולי נכון למצב שבו ניהול משותף היה כורח המציאות, עשוי להיחפך לנטל עם השתנות הטכנולוגיה ותנאי השוק ולקבע אפוא הסדר מונופוליסטי שאולי אבד עליו הכלה.

לעומת זאת, מודל הפיקוח מכוח דיני ההגבלים העסקיים גמיש, כאמור, בהרבה. הוא מאפשר לאשר ניהול משותף בנסיבות שבהן הטכנולוגיה ותנאי השוק מצדיקים זאת ולאסור ניהול משותף כאשר הנסיבות משתנות, וכל זאת בלי להודקק לשינוי החקיקה. אף שתאורטית המחוקק ריבון לבטל כל הסדר סטטוטורי היוצר מונופולין,²⁰³ הניסיון מראה כי משעוגן מונופולין בחקיקה, המאבק הפוליטי וקיומם של אינטרסים מושרשים מונעים או מעכבים לא אחת את שינויים של אותם הסדרים. סכנה זו נשקפת פחות ממודל הפיקוח לפי דיני ההגבלים העסקיים אשר ברירת המחלל שלהם היא התחרות והנטל להצדיק את מניעתה מוטל על אלו המבקשים לקיים מונופולין.

את הסכנה כי חקיקה תקבע מודל מונופוליסטי שאבד עליו הכלח ניתן כמובן למנוע, או

²⁰² *Society of Composers, Authors and Music Publishers of Canada v. Landmark Cinemas of Canada Ltd.* (1992) 60 F. T. R. 161. הגנת התעשייה המוסדרת בקנדה הלה כאשר הסדר

פיקוח פדרלי ספציפי עשוי להתנגש בהוראות דיני ההגבלים העסקיים. במקרים כאלה נעשה

ניסיון למנוע את ההתנגשות באמצעות מתן פרשנות שתימנע ככל הניתן את ההתנגשות, ואם

הדבר בלתי אפשרי, בית המשפט קובע איזה מבין ההסדרים הסטטוטוריים גובר: Michael J.

Trebilcock, Ralph Winter, Paul Collins and Edward Iacobucci, *The Law and Economics*

of Canadian Competition Policy (2002) 691.

²⁰³ בג"ץ 508/98 מת"ב – מערכות תקשורת בכבלים בע"מ נ' הבנסת, פ"ד נד(4) 577; בג"ץ

1255/94 בזק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' שרת התקשורת, פ"ד מט(3) 661.

²⁰⁴ הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים. בשל טעות סופר נשמטה המלה "לא" מהנוסח המודפס

של דברי ההסבר.

למצער למזער, באמצעות ניסוח זהיר של החוק, כך, למשל, סעיף 10(1) להצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים) קובע הוראה בעניין שמירת דינים. בדברי ההסבר לסעיף נאמר כי "תפקוד התאגידים לניהול משותף עשוי לערב בעיות משפטיות מתחומים שונים, כגון דיני התאגידים ודיני ההגבלים העסקיים. מוצע לקבוע במפורש כי הסמכת בית המשפט לדון בענייני התמלוגים אינה גורעת מהוראות חוקים כאלה, ומהסדרים הקבועים בהם או על פיהם. כך, למשל, במקרה שתאגיד לניהול משותף מהווה גם הסדר כובל, אין בחוק המוצע כדי לגרוע מהוראות פרק ב' לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988, ופעולת תאגיד כאמור בהתאם להוראות החוק המוצע [לא - א"כ] ייחשבו להסדר שכל כבילותיו נקבעו על פי דין".²⁰⁴ הואיל ובהתאם להצעת החוק פעילותם של תאגידים לניהול משותף כפופה להוראות חוק ההגבלים העסקיים, כאשר עקב שינוי בנסיבות הטכנולוגיות, בתנאי השוק או בהבנתם, ימנעו דיני ההגבלים העסקיים קיומו של ניהול משותף, לא תוכל להישמע הטענה כי קיומו של מנגנון שיפוט בענייני התמלוגים יוצר חסינות מפני תחולתם.

לעומת זאת, דוגמה לניסוח זהיר פחות מצויה בסעיף 20 לתזכיר חוק זכות יוצרים, תשס"ד-2003 שזה נוסחו:²⁰⁵

20. (א) שידור או ביצוע פומבי של תקליט, ללא רשות בעל זכות היוצרים בתקליט, לא יהווה הפרה של זכות היוצרים בתקליט, אם ישולמו תמלוגים ראויים לתאגיד לניהול משותף של זכויות מפיקי תקליטים ומבצעים, שאישר שר התרבות כארגון יציג לעניין זכות זו; בהיעדר הסכמה לעניין התמלוגים, יקבע אותם בית המשפט.
- (ב) השר, לאחר התייעצות עם שר החינוך, התרבות והספורט, רשאי לקבוע בתקנות כללים לפעולתם של תאגיד לניהול משותף שאושר כארגון יציג לפי סעיף זה.
- (ג) בסעיף זה, "בעל זכות היוצרים בתקליט" - אינו כולל את בעלי זכויות היוצרים ביצירות הטבועות בו.

כפי שמצוין בדברי ההסבר, מטרתו של הסעיף היא להסדיר, "בעקבות התפתחויות משפטיות בשנים האחרונות, הן בתיקון לחוק זכויות מבצעים ומשדרים והן בהליכים בפני בית הדין להגבלים עסקיים"²⁰⁶ את "נושא גביית התמלוגים עבור זכויות ביצוע פומבי ושידור של

205. בחודש יולי 2005 הוגשה מטעם הממשלה הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005, ה"ח 1116. בניגוד לתזכיר, הצעת החוק אינה מתייחסת לתאגידים לניהול משותף, וסעיף 20 אינו מופיע בה. מלבד העובדה שהליך החקיקה טרם הסתיים והאפשרות שסעיף 20 ייכלל בסופו של התהליך בנוסחו הסופי של החוק, עצם קיומו של הסעיף בתזכיר ממחיש את הסכנה שכתוצאה מניסוח בלתי זהיר בחיקוק כזה או אחר תוכל להישמע הטענה כי במשמע הכשיר המחוקק את פעילותם של תאגידים לניהול משותף.

206. תזכיר חוק זכות יוצרים, תשס"ד-2003, דברי ההסבר לסעיף 20.

תקליטים", אלא שהסעיף המוצע אינו רגיש דיו לא להתפתחויות משפטיות אפשריות הנובעות ממנו ולא להתפתחויות טכנולוגיות וכלכליות העשויות להיות מושפעות ממנו. בדומה לסעיף 19 בחוק הקנדי שנדרן לעיל, הגיונו של סעיף זה נטוע בפרדיגמת המונופולין הטבעי. בהתבסס על ההנחה כי ניהול משותף הוא כורח, קובע הסעיף זכאות של המפיקים והמבצעים לתמלוגים ראויים שישולמו לתאגיד לניהול משותף, מסמיך את בית המשפט לקבוע את שיעור התמלוגים הראויים בהיעדר הסכמה, ופותח פתח להסדרה נוספת בחקיקת משנה. בשונה מהחוק הקנדי, תזכיר הצעת החוק אינו מחייב ניהול משותף של זכויות המפיקים והמבצעים, אלא רק מאפשר אותו ומטיל עליו פיקוח, אך בדומה לחוק הקנדי פותח הסעיף פתח לטענת הגנה מכוח דוקטרינת התעשייה המוסדרת או לטענה כי מדובר בהסדר שכל כבילותיו על פי דין, ועל כן – לפי סעיף 3(1) לחוק ההגבלים העסקיים – אינו נחשב להסדר כובל כלל, ומתעלם מן האפשרות שההצדקה לניהול משותף אינה קיימת לגבי כל השימושים או כל המשתמשים, וכן מן האפשרות שההתפתחות הטכנולוגית תייתר עוד יותר את הצורך בניהול המשותף.²⁰⁷

פזיזותו של ההסדר שבתזכיר הצעת החוק בולטת עוד יותר כאשר שמים לב לכך שההסדר המוצע חל רק על ניהול משותף של זכויות המפיקים והמבצעים אך לא על זכויות המחברים, המנוהלות כיום על ידי אקו"ם. לכאורה, הסעיף מכביד על המפיקים והמבצעים ולא על היוצרים המחברים. הסעיף מעניק לתאגיד הניהול של המפיקים והמבצעים רק זכות לתמלוגים ראויים, אשר שיקול הדעת הסופי בדבר שיעורם מסור לבית המשפט. הוראה זו יוצרת חבות, בעוד תאגיד הניהול של המחברים (כגון אקו"ם), שבעניינו הצעת החוק שותקת, ייהנה לכאורה מאותן זכויות שלהן זכאים חבריו, כלומר זכות יוצרים קניינית

207. לפי פסיקתו של בית הדין להגבלים עסקיים, אין די בעובדה שפעילות כלשהי מוסדרת בחקיקה כדי לשלול את תחולתם המקבילה של דיני ההגבלים העסקיים. כדי שתישלל תחולתם של דיני ההגבלים העסקיים, צריכה להתקיים התנגשות בין שני הדינים, ראוי: ערר 7/95 בוק, החברה הישראלית לתקשורת בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים, דינים מחוזי לב(1) 66; ה"ע (י"ם) 491/98, חברת החשמל לישראל בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם). גישתו של בית הדין לשאלת קיומו של פטור מפורש או משתמע מתחולתם המקבילה של דיני ההגבלים העסקיים בשני מקרים אלה הייתה מצמצמת. עם זאת, הדוגמה שנתן בית הדין בעניין בוק למצב שבו מתקיימת התנגשות הדוחה את תחולת דיני ההגבלים העסקיים רלוונטית לענייננו. הדוגמה היא שהוראת החוק, המפקידה בידי "בוק" מונופולין כלל ארצי מלא, חסינה מפני ניסיון של דיני ההגבלים העסקיים לצמצם את אותו מונופולין סטטוטורי. בדומה, קשה לראות כיצד ההוראה בהצעת החוק (אם תתקבל כחוק) המאפשרת תשלום תמלוגים ראויים לתאגיד לניהול משותף של זכויות מפיקי תקליטים ומבצעים, יכולה להתיישב עם ניסיון של דיני ההגבלים העסקיים לאסור את קיומו של אותו תאגיד לניהול משותף, אלא אם כן יקרא בית המשפט לתוך אותה הוראת חוק חובה מוקדמת לאשר את קיומו של אותו תאגיד לפי חוק ההגבלים העסקיים.

מלאה.²⁰⁸ למעשה, ההסדר המוצע מקנה לתאגיד הניהול של המפיקים והמבצעים מעין מעמד של מונופולין סטטוטורי הנתון לפיקוח, מעמד אשר עשוי לחסן אותו מפני תחולתם (המלאה או התלקית) של דיני ההגבלים העסקיים, ואילו היעדר הסדר חקוק בעניין תאגיד הניהול של המחברים מותיר אותם חשופים למלוא עצמתם של דיני ההגבלים העסקיים, לרבות לאפשרות שיימצא מכוחם כי אין כל הצדקה לניהול המשותף. לכאורה, מנקודת המבט של קידום התחרות, ניתן היה לברך על אי-הכללתם של תאגידי המחברים בהסדר הסטטוטורי המוצע, שכן לפחות בתחום זה אין ההסדר מקבע מונופולין שלא לצורך. למעשה תהא ברכה זו לבטלה, שכן רישיון מהמפיקים-מבצעים הוא מוצר המשלים את הרישיון מן המחברים.²⁰⁹ בנסיבות אלה גם אם תתקיים תחרות בין המחברים, ויופחת בשל כך המחיר שייגבה עבור זכויותיהם, הפחתת המחיר תאפשר למונופולין של המפיקים-מבצעים להעלות את המחיר שהוא דורש עבור זכויותיו.²¹⁰

התגברות העניין הציבורי בפעולותיהם ובהתנהגותם של תאגידי הניהול משותף כבר הניבה ניסיונות להסדיר את פעילותם מתוקף דיני ההגבלים העסקיים ועוררה כמה יזמות חקיקה. התמהמהותה של ישראל להסדיר סוגיות אלה לעומת מדינות מתועשות אחרות יצרה חלל משפטי שאמנם יצר לא פעם קושי, אבל גרמה לכך שאת הדיון בשאלת ההסדר הרצוי ניתן לקיים על רקע הבנה טובה יותר של הכלכלה שבבסיס שוק זכויות הביצוע הפומבי ושל הניהול המשותף ובעידן שבו שינויים טכנולוגיים עשויים להביא לידי שינויים מרחיקי לכת בניהול שווקים אלה. לפני למעלה מרבע מאה, כאשר אימץ בית המשפט העליון בארצות הברית את מודל הניהול המשותף, הוא הוסיף כי ההצדקה לקיומה של הפרקטיקה עשויה להיעלם עם התפתחותם של שינויים טכנולוגיים ושינויים בדרכי השיווק.²¹¹ האפשרות כי אנו ניצבים לפני שינויים אפשריים שכאלה מחייבת לא רק הערכה מחודשת של הנחות היסוד שעמדו בבסיס הניתוח של הניהול המשותף עד כה, אלא גם נקיטת זהירות מרובה מפני גיבושם כיום של הסדרים שיהיו בלתי ראויים בטכנולוגיה של מחר. האפשרות שאנו ניצבים לפני שינויים מרחיקי לכת, מחייבת גם שקילה של העלות

208. על ההבחנה בין כללי חבות ובין כללי קניין, ראו: Guido Calabresi and Douglas A. Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability – One View of Cathedral", 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089.

209. עובדה זו מצביעה על חלקיות נוספת בהסדר המוצע. קביעה כי על המשתמש לשלם תשלום יחיד למפיקים ולמבצעים פותרת את בעיית המשאב המפוצל, שעלולה להתקיים בשים לב לכך שמדובר בזכויות המשלימות אלו את אלו, אולם אינה פותרת את הבעיה במלואה, שכן זכויות המחברים אינן כלולות בתשלום יחיד זה.

210. תיאורטית, העובדה שזכותו של תאגיד המפיקים-מבצעים כפופה לכלל חבות ולא לכלל קניין מצמצמת סכנה זו, שכן ההסדר המוצע שולל מתאגיד המפיקים-מבצעים את זכות הווטו, כך שלכאורה בית המשפט יכול לקבוע כי שיעור התמלוגים הראויים יהיה שיעורם התחרותי. בפועל, הבעיה היא שבהיעדר תחרות אין לבית המשפט כל יכולת לקבוע מהו באמת המחיר התחרותי.

211. עניין BMI (לעיל, הערה 7), בעמ' 21, הערת שוליים 34.

והתועלת שבקביעת הסדרים מפורטים בחקיקה בעת הנוכחית, תוך שימת לב לאפשרות שמדובר יהיה בהסדרים קצרי טווח. כלומר, גם אם לפי פרדיגמת המונופולין יש יתרון להסדרה סטטוטורית מפורטת, וגם אם המידע הקיים כיום אינו מקיף דיו כדי לבטל הסדרים אלה, לו היו קיימים, יש לתהות אם יהיה נכון להשקיע משאבים בחקיקה ובהקמת מוסדות פיקוח חדשים, כאשר ייתכן שלא יהיה בהם צורך בעתיד הקרוב, ולא זו בלבד אלא שעצם קיומם יהווה מכשול להתפתחות כזו.

י. סיכום ומסקנות

קיומם של תאגידי לניהול משותף הציב ועודנו מציב אתגר לקובעי המדיניות, ובעיקר לאלו מהם אשר מאמינים כי בדרך כלל שווקים תחרותיים עדיפים משווקים שקיים בהם מונופולין. במענה לטענה כי לתאגידי הניהול מאפיינים קרטליסטיים וכי הם יוצרים ארגונים מונופוליסטיים ניתנת לא אחת התשובה כי מדובר במונופולין טבעי. הואיל ומדובר בכשל שוק המונע את קיומו היעיל של שוק תחרותי, הסדרי הניהול המשותף הם הסדרים פרו-תחרותיים, למרות חזותם הקרטליסטית לכאורה. נדמה כי כמעט קיים קונסנזוס בעניין הטענה, כי במרבית המקרים העלויות הכרוכות בהתקשרות פרטנית בין בעלי זכויות היוצרים ובין המשתמשים השונים גבוהות יותר מעלויות ההתקשרות שבהן כרוך ניהול משותף, וכי לעתים עלויות אלה הן כה גבוהות עד כי הדרך היחידה לאפשר שוק של זכויות ביצוע פומבי הוא באמצעות הניהול המשותף. מטרתו של מאמר זה הייתה להטיל ספק בדבר הקבלה האקסיומטית של טיעוני עלויות העסקה הנפוצים ולהצביע על כמה כשלים בטיעונים אלה ועל חלופות תיאורטיות ומעשיות לניהול המשותף אשר לעתים קרובות הדיון מתעלם מהן. הראיתי כי לצד קיומם הקרוב לוודאי של יתרונות לגודל ולמגוון בניהול זכויות ביצוע פומבי, אין זה ברור כלל כי הגודל היעיל המינימלי לניהול זכויות אלה הוא של המונופולין. מתווכים שונים, אשר קיימים בתחומים אחרים של ניהול זכויות יוצרים, והסדרי רישוי שונים, כגון רישוי במקור, עשויים להוות חלופות תחרותיות לניהול המשותף.

בנוסף, הראיתי כי אף שהתמונה השכיחה בשיח על אודות תאגידי לניהול משותף היא של שוק מבוזר ובו אלפי בעלי זכויות שונים, בפועל השוק ריכוזי למדי ורישיון הנוגע למרבית היצירות השכיחות ניתן להשיג ממספר מצומצם למדי של בעלי זכויות עיקריים – המייג'ורס, וכן שבמקרים רבים המחיר שמשולם עבור זכויות ביצוע פומבי (בעיקר זכויות שידור) מנותק לחלוטין משוויין הכלכלי האמיתי של זכויות אלה. כמו כן הראיתי שגם אם מקבלים עקרונות שיש מקום לניהול משותף, נותר עדיין כר נרחב לעיסוק בפרטים. ייתכנו נסיבות שבהן אין הצדקה לניהול המשותף או למודל השכיח של הניהול המשותף. כך, למשל, אין הכרח שזכויות היוצרים יועברו באורח בלעדי לידי תאגיד הניהול; קיימות נסיבות שבהן רישוי במקור עשוי להשיג יתרונות דומים לאלה שמשגיג הניהול המשותף אך בתנאי תחרות, ויש מקום לבחון פיצול בין פונקציות הרישוי לפונקציות הניטור והאכיפה. יתרה מזו, הראיתי כיצד טכנולוגיות חדשות – האינטרנט, טכנולוגיות ניהול זכויות דיגיטלי וטכנולוגיות של ניטור אוטומטי של שידורים – עשויות

להפחית עוד יותר את העלויות הכרוכות בניהול תחרותי-פרטני, ולקעקע עוד יותר את הצידוק לניהול המשותף.

מטרתו של מאמר זה לא הייתה להציג טיעון משכנע לביטול הפרקטיקה של הניהול המשותף. מסקנה כזו תצריך בחינה עמוקה ומקיפה יותר. מטרתו של המאמר הייתה להטיל ספקות בהסברים הקיימים מתוך תקווה ששאלת השאלות תוביל לקבלתן של תשובות טובות יותר, אשר תאפשרנה לקבל החלטות על בסיס מוצק יותר. מכל מקום, יהיו הצידוקים לקיומו של הניהול המשותף חזקים או חלשים כאשר יהיו, ככל שהדברים נוגעים לטכנולוגיות ההפצה, הניטור והאכיפה הישנות ולעלויות העסקה הכרוכות בהן, כל דיון בצידוקים לניהול המשותף חייב להביא בחשבון את האפשרות שהדשנות טכנולוגית, זו אשר כבר קיימת או זו שתתקיים בקרוב, תביא לידי הפחתה דרמטית של עלויות אלה, לייכתנותו של שוק זכויות ביצוע פומבי תחרותי ומכאן לשינוי בגישה כלפי הניהול המשותף. כל דיון ביצירת הסדרי פיקוח על תאגידי הניהול הקיימים ראוי אפוא שיהיה רגיש לשינויים הטכנולוגיים ולשינויים בשוק הנובעים מהם, אשר עשויים להשמיט את היסוד לצידוקי הניהול המשותף. ראוי אפוא שכל ניסיון כזה יימנע ככל הניתן מיצירתם של הסדרים שיקבעו מונופולים שאולי אבד עליהם הכלה.