

## אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות

גיא פסח\*

המאמר מבקש להציג זווית ראייה שונה מן הגישות המקובלות עד כה, של התפקיד אשר אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים ממלאות, ושל הצידוק המונח ביסוד התרת פעילותן. ביסוד המאמר הבחנה בסיסית בין אגודות לניהול משותף המייצגות בעלי זכויות יוצרים במוצר תקשורת מוגמר, כגון תקליט, ובין אגודות לניהול משותף המייצגות סקטור מסוים של יוצרים או מבצעים המספקים תשומה יצירתית – אחת מבין כמה – המשמשות את מוצר התקשורת המוגמר. מטרת המאמר היא להתמקד באגודות לניהול משותף מהסוג השני – אלה המייצגות יוצרים מחברים ו/או מבצעים, המשמשים כספקי תשומות יצירתיות. על פי הנטען במאמר, תכליתן של אגודות לניהול משותף מסוג זה אינה לספק פתרון לכשלי שוק, הכרוכים בעלויות עסקה ועלויות אכיפה, שכן קיימות דרכים יעילות הרבה יותר להשגת יעד זה. להבדיל, תכלית האגודות היא להבנות ולמסד מסגרת סקטוריאלית, כוח ומבנה שוק שיאפשרו לקטגוריות יוצרים ו/או מבצעים, המיוצגים על ידי האגודה, לקבל נתח גדול וראוי יותר מ"עוגת התמלוגים" הטמונה בשימושי השונים של מוצר תקשורת, וזאת באופן המבקש לספק מענה ליחסי הכוחות הלא שוויוניים המאפיינים, לפחות בחלק ניכר מהמקרים, את מערכת היחסים בין מפיקים ותאגידי תקשורת ובין יוצרים ומבצעים המשתתפים והנוטלים חלק בהפקתו של מוצר תקשורת. לאחר הצגת הטיעון האמור ופיתוחו, המאמר בוחן תחת דיני ההגבלים העסקיים את השלכות הטיעון על מעמדן של אגודות לניהול משותף מטעם יוצרים ומבצעים, ספקי תשומות יצירתיות.

\* מרצה, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.

אני מודה לחברי מערכת דין ודברים, וכן לעמית אשכנזי, עופר טורסיני, שלומית יניסקי-רביד, ברק מדינה ואורית פישמן-אפורי על הערותיהם לגרסה מוקדמת של המאמר. כל אתרי האינטרנט להלן נצפו באחרונה בפברואר 2006 אלא אם כן נכתב אחרת.

א. מבוא. ב. שוק התקשורת ואגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מפת דרכים. ג. גבולות כוח השכנוע של טיעון עלויות העסקה. ד. אגודות לניהול משותף – התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי. ה. הערכת התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי; 1. שיקולי מדיניות תומכים: (א) עמדת הנחיתות של ספקי תשומות יצירתיות; (ב) מעמדם של שיקולי צדק והגינות; (ג) הצדקת השימוש ברובד הקנייני; (ד) קידומו של שוק תקשורת מבוזר. 2. טיעוני נגד: (א) ירידה לכיסם של צדדים שלישיים; (ב) על האופי ההפכףך של טיעוני צדק חלוקתי. 3. עמדת דיני ההגבלים העסקיים; 1. חוק ההגבלים העסקיים; 2. החלופה של הסדרים חקיקתיים פרטניים. 3. סיכום.

## א. מבוא

מזווית הראייה של דיני הגבלים עסקיים, הגישה הרווחת כלפי אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים (להלן: אגודות לניהול משותף) היא במידה רבה כאל "רע הכרה". על פי תפיסה זו, האגודות הן כורח המציאות בשל עלויות העסקה ועלויות האכיפה הרבות, אשר גלוות לשימוש השוטף ברפרטואר ניכר של יצירות מוגנות. מנגד, מהותן הבסיסית של אגודות לניהול משותף, כחבריה עסקית משותפת של בעלי זכויות יוצרים רבים, נוטה לצפון בחובה מרכיבים של פגיעה בתחרות, בין משום שחבירה זו כוללת בתוכה התקשרויות והסכמות העולות כדי הסדר כובל אסור ובין משום שנתח השוק, המוחזק בידי האגודה, עולה כדי כוח מונופולין. לפי מקבילית כוחות זו, נטייתם הבסיסית של דיני ההגבלים העסקיים היא להתיר את פעילותן של אגודות לניהול משותף בכפוף להצבת תנאים מגבילים ומשטר פיקוח המיועדים לספק מענה לחששות האנטי-תחרותיים אשר פעילות האגודות מעוררת.

מאמר זה מבקש להציג עמדה שונה בנוגע לתפקיד אשר אגודות לניהול משותף ממלאות, ובנוגע לצידוק המונח ביסוד התרת פעילותן. ביסוד המאמר הבחנה בסיסית בין אגודות לניהול משותף המייצגות בעלי זכויות יוצרים במוצר תקשורת מוגמר, כגון תקליט, ובין אגודות לניהול משותף המייצגות סקטור מסוים של יוצרים או מבצעים המספקים תשומה יצירתית – אחת מבין כמה – המשמשות את מוצר התקשורת המוגמר. הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ היא דוגמה לאגודה מהסוג הראשון, ואילו אשכולות – החברה לזכויות המבצעים של אמני ישראל היא דוגמה לאגודה מהסוג השני. מטרת המאמר היא להתמקד באגודות לניהול משותף מהסוג השני – אלה המייצגות יוצרים-מחברים ו/או מבצעים, המשמשים כספקי תשומות יצירתיות. תכליתן של אגודות לניהול משותף מסוג זה, כך אטען, אינה לספק פתרון לכשלי שוק הכרוכים בעלויות עסקה ועלויות אכיפה, שכן קיימות דרכים יעילות הרבה יותר להשגת יעד זה. להבדיל, תכלית האגודות היא להבנות ולמסד מסגרת סקטוריאלית, כוח ומבנה שוק שיאפשרו לקטגוריות יוצרים ו/או מבצעים, המיוצגים על ידי האגודה, לקבל נתח גדול וראוי יותר מ"עוגת התמלוגים" הטמונה בשימושיו השונים של מוצר תקשורת, באופן המבקש לספק

מענה ליחסי הכוחות הלא שוויוניים המאפיינים, לפחות בחלק ניכר מהמקרים, את מערכת היחסים בין מפיקים ותאגידי תקשורת ובין יוצרים ומבצעים הנוטלים חלק בהפקתו של מוצר תקשורת. בסופו של יום, צדק חלוקתי פרטיקולרי הוא התכלית המרכזית המונחת ביסוד פעילותן של אגודות לניהול משותף מטעם יוצרים ומבצעים.<sup>1</sup> עם זאת, כפי שנראה בהמשך הדברים, התמונה נהפכת מורכבת יותר משום שבד בבד, אותו ריכוז כוחות בידי אגודות לניהול משותף של זכויות טומן בחובו כשלים משל עצמו ויחסי כוחות לא שוויוניים אל מול משתמשים (צדדים שלישיים) המבקשים להשתמש במוצרי תקשורת מוגמרים לרבות התשומות היצירתיות הכלולות בהם.

במידת מה, קבלת הטיעון הבסיסי המונח ביסוד המאמר צפויה לטרופ את הקלפים בנוגע למעמדן של אגודות לניהול משותף מטעם יוצרים ומבצעים – ספקי תשומות יצירתיות, משום שבניגוד להנחת המוצא הרגילה של דיני ההגבלים העסקיים, בדבר כוחם של שיקולי יעילות, אין זה ברור כלל כי שיקולים סקטוריאליים ושיקולי צדק והגינות, יש בהם כדי להכשיר את פעילות האגודות מזווית הראייה של דיני ההגבלים העסקיים. בכך יעסוק חלק ו למאמר, אך תחילה יתמקד עיקר המאמר בפיתוח אותו מבט נוסף ושונה על תפקידן ופועלן של אגודות לניהול משותף, כאשר סדר הבאת הדברים יהא זה: חלק ב למאמר מציג מפת דרכים המתארת בתמצית את המבנה של שוקי תקשורת מסחריים, את מרכיביהם ומאפייניהם, תוך התמקדות בחלק אשר אגודות לניהול משותף של זכויות ממלאות בהם. חלק ג של המאמר מסביר ומדגים מדוע בנוגע לאגודות לניהול משותף המייצגות יוצרים מתחרים ו/או מבצעים המשמשים כספקי תשומות יצירתיות להפקת מוצרי תקשורת, טיעון עלויות העסקה עצמו אינו יכול לשמש כנימוק משכנע להצדקת פעילותן. בקליפת אגון, הטענה אשר תוצג היא הטענה הזו: כאשר מדובר באגודות המייצגות סקטורים נפרדים של יוצרים ומבצעים – כאלה המספקים תשומה יצירתית, אחת מבין כמה, לצורך הפקתו של מוצר תקשורת מוגמר, הרי יש בנמצא פתרון יעיל יותר מן האגודות לשם התמודדות עם בעיית עלויות העסקה ועלויות האכיפה הכרוכה בקבלת הרשאה מכל אותם יוצרים ומבצעים אשר נטלו חלק בהפקת מוצר התקשורת. הפתרון הוא ריכוז זכויות היוצרים ו/או ההרשאות לשימוש במוצר התקשורת המוגמר, לרבות מכלול התשומות היצירתיות הכלולות בו, בידי מפיץ המוצר. בנוסף, ובניגוד לדעה הרווחת, אטען כי הנזקים האנטי-חרותיים הכרוכים בפעילות אגודות לניהול משותף של יוצרים ומבצעים, אינם מתמצים הלכה למעשה אך ורק בשוקים שעניינם שימוש ביצירות מוגנות המהוות, ולמצער משולבות במוצר תקשורת מוגמר (למשל, השמעת תקליט הכולל שימוש בלחנים ותמלילים). כמפורט וכמוסבר בחלק ב למאמר, הנזק האנטי-חרוטי של אגודות לניהול משותף אף מתייחס לשוק התשומות

1. ולהבהרת משמעות המונח "צדק חלוקתי פרטיקולרי", כפי שהוא ניצוק ומיושם בסוגיית הניהול המשותף של זכויות יוצרים, ראו חלק ה של המאמר. בפתח הדברים מן הראוי לציין כי ייתכנו, כמוכן, אמצעים חלוקתיים נוספים, ישימים בתחום היצירה והתרבות, כגון הטבות מס וסובסידיות. דיון באמצעים מסוג זה, השלכותיהם ורצייתם חורג ממסגרת המאמר. המאמר מתמקד אך ורק בהקשר הפרטני של אגודות לניהול משותף של זכויות והתפקיד החלוקתי, אשר עשוי להיות מוצא לפועל באמצעותן.

היצירתיות המסופקות לצורך הפקת מוצרי תקשורת (למשל, מערכת היחסים שבין מפיק סרט קולנוע ובין תסריטאים, במאים ומבצעים המשמשים כספקי תשומות יצירתיות להפקת הסרט).

לאחר הצגת חולשתו של טיעון עלויות העסקה, המשך המאמר ינסה להסביר מדוע בכל זאת אין זה נכון להתייחס אל אגודות לניהול משותף כאל "רע הכרחי" ומדוע, לפחות עד גבולות מסוימים, נדמה כי דווקא ההפך הוא הנכון. חלק ד למאמר ינסה להסביר כיצד אגודות יוצרים ומבצעים עשויות לשמש ככלי סקטוריאלי לקידום חלוקה הוגנת וצודקת יותר של "עוגת ההטבות הכספיות", הטמונה במוצר תקשורת לשימושי השונים, בין מפיק המוצר ובין כל אותם יוצרים ומבצעים אשר נטלו חלק בהפקת המוצר. במישור התיאורי אבקש להראות כיצד התארגנות של יוצרים ומבצעים במסגרת מוסדית של אגודה לניהול משותף של זכויות, מאפשרת להם לקבל נתח גדול יותר מעוגת התמלוגים של מוצר תקשורת. כפי שאראה, עיקר פועלן של האגודות הוא ביצירת משטר קנייני המגביל את אגד הזכויות וההרשאות, אשר מפיקים יכולים לרכוש בנוגע לתשומות יצירתיות הכלולות במוצרי תקשורת המופקים על ידיהם.<sup>2</sup> בעקבות זאת נותרת בידי היוצרים והמבצעים זכות קניין רוחני המאפשרת להם לדרוש במישרין תמלוגים מצדדים שלישיים המשתמשים במוצר התקשורת המוגמר. בפועל, הדבר נעשה באמצעות הפרקטיקה של העברת זכויות גורפת ועתידית מסקטור יוצרים או מבצעים, אל אגודה לניהול זכויות מטעמם.<sup>3</sup> חלק ד למאמר ירחיב את הדיון בפרקטיקה זו ובהשלכותיה.

2. ובהקשר זה, הנחת המוצא של המאמר היא כי המבנה הקיים של דיני זכויות יוצרים, לרבות המשטר הקנייני, היקף הזכויות ותוכנןן אשר דינים אלה מכתיבים, הוא מבנה ראוי ונכון. הגם שאין בכוונת המאמר לקבוע עמדה כלפי היקף ההתפרסות הראוי של זכות היוצרים, אציין כי לעניות דעתי ניתן למצוא הצדקה למתכונת, שעל פיה כל חוליה בשרשרת ספקי התשומות היצירתיות, הנוטלים חלק בהפקת מוצר תקשורת, תיהנה מזכות יוצרים עצמאית ונפרדת בתשומה היצירתית המסופקת על ידה. כעולה מהמשך המאמר, בעוד מצב דברים זה מעורר קושי רב מזווית הראייה של שיקולי יעילות גרידא, עדיין זווית ראייה המדגישה שיקולי צדק והגיונות עשויה להנביע עמדה שונה. כעולה מהלקים ד-ה של המאמר, דווקא אותו פיצול וריבוי זכויות יוצרים, עצמאיות ונפרדות, במרכיבים המהווים חלק ממוצר תקשורת מוגמר, הוא זה המאפשר מהלכים סקטוריאליים אשר עניינם חלוקה צודקת והוגנת יותר של הערך הכספי הטמון במוצר התקשורת המוגמר על מרכיביו השונים.

3. באחרונה, בית הדין להגבלים עסקיים התייחס לנקודה זו, במסגרת מתן היתר זמני לפעילותה של אקו"ם כהסדר כובל, תוך שהוא מחייב את אקו"ם במספר תנאים, אשר משרתם לאפשר לחברי אקו"ם להעניק, באופן עצמאי, רישיונות שימוש פרטניים לצדדים שלישיים (ראו, בש"א 48/04 אקו"ם – אגודת קומפוזיטורים מחברים ומוזילים בישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם, ניתן ביום 28.12.2004) (להלן: החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין היתר זמני לפעילות אקו"ם) ובפרט, סעיפים 2.2-2.5 לתנאי ההיתר הזמני). ואולם, כמפורט בהערת שוליים 26 להלן, גם לאחר קביעת תנאים אלה, עדיין, נותר בעינו מתחם רחב למדי של נסיבות ומקרים בהם אגודות לניהול משותף מסוגלות למסד משטר

בהמשך להצגת התפקיד החלוקתי של אגודות לניהול משותף, חלק ה למאמר יבחן את השיקולים השונים בעד ונגד התרת פעילותן של האגודות ככלי סקטוריאלי קנייני מטעם יוצרים ומבצעים. כפי שנראה, בהקשר זה ישנם שיקולים סותרים ומתנגשים. מן הצד האחד של המתרס, ישנם שיקולים התומכים בהתרת פעילותן של האגודות, ובהם: נסיבות של יחסי כוחות לא שוויוניים בין מפיקים ובין חלק ניכר מציבור היוצרים והמבצעים; הצורך במסגרת סקטוריאלית, נתמכת בזכויות קניין, המתאימה לאופי המבוזר והארעי של פעילות בענפי היצירה והתקשורת; התרומה, אשר עשויה להיות לפעילות אגודות לניהול משותף, בהשגת מבנה מבוזר ומשטר של איוונים ובלמים בתחום התקשורת; מבנה שוק המקטין את התלות של יוצרים ומבצעים בתאגידי תקשורת והמגבש מסגרות מוסדיות המהוות משקל נגד לכוח המרוכז בידי תאגידי תקשורת. מנגד, קיימים גם חששות הכרוכים בכוח ובעצמה המרוכזים בידי אגודות לניהול משותף, ובפרט החשש כי כוח זה יופעל גם בנסיבות אשר אינן כרוכות בניסיון לגיטימי להבטיח חלוקה צודקת והוגנת יותר של עוגת ההטבות הכלכליות הגלומה במוצר תקשורת. כפי שנראה, לפחות בהקשרים מסוימים, אגודות לניהול משותף מגלמות בפעילותן כשלים חלוקתיים דומים באופיים לאותם כשלים אשר האגודה מבקשת לפתור.

חלק ו למאמר יחזיר את מבטנו אל תוך דיני ההגבלים העסקיים ויבקש לבחון, אם למרות חולשתו של טיעון עלויות העסקה, עדיין צריכים דיני ההגבלים העסקיים להתיר בתנאים את פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות. כיום, הצידוק העיקרי של דיני ההגבלים העסקיים להתרת פעילותן של אגודות לניהול משותף, הוא זה המדגיש כי האגודות מספקות פתרון יעיל לכשלי שוק הנובעים מעלויות העסקה ועלויות האכיפה אשר היו נוצרות אלמלא האגודות, ואולם אם הטיעון המונח ביסוד חלק ג למאמר הוא אכן טיעון משכנע, אזי, לכאורה, נשמטת הקרקע תחת הצידוק המסורתי הזה, בפרט בהקשר של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם יוצרים ומבצעים המשמשים כספקי תשומות יצירתיות. ומכאן השאלה, אם הנימוק האחר המונח ביסוד פעילותן של האגודות – זה אשר עניינו השגת יעדים סקטוריאליים ויעדים חלוקתיים, יש בו כדי להתיר את פעילותן של האגודות. חלק ו למאמר יעסוק בסוגיה זו ויתמקד בסקירתם ובחינתם של פתרונות חלופיים להשגת אותם יעדים חלוקתיים אשר אגודות לניהול משותף של זכויות מבקשות לממש.

## ב. שוק התקשורת ואגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מפת דרכים

שוקי תקשורת מסחריים קשורים בטבורם לדיני זכויות יוצרים ומערך ההגנה המשפטית הנובע מדינים אלה. מרבית חומרי הגלם למוצרי התקשורת המוגמרים – the media products – הם משאבים יצירתיים מופשטים המוגנים באמצעות חקיקת זכויות יוצרים,<sup>4</sup> או

קנייני "דהיפקטו" המגביל את אגד הזכויות וההרשאות אשר מפיקים יכולים לרכוש ביחס לתשומות יצירתיות הכלולות במוצרי תקשורת המופקים עליהם.

4. בישראל דברי החקיקה המרכזיים הם חוק זכות יוצרים 1911, הא"י (ג), 2633 ופקודת זכות

לחלופין באמצעות מערך ההגנה המשלים של "זכויות שכנות" – neighboring rights, כגון זכויות מבצעים וזכויות משדרים.<sup>5</sup> בנוסף, במרבית המקרים מוצרי התקשורת המוגמרים מוגנים אף הם, באופן עצמאי ונפרד, באמצעות חקיקת זכויות היוצרים. בהמשך הדרך, אותם מוצרי תקשורת מוגמרים אף עשויים "להחליף כובע" ולשמש כתשומה יצירתית – אחת מבין כמה – במוצר תקשורת חדש ונוסף. כך, לדוגמה, תקליטור מוזיקה הוא מוצר תקשורת מוגמר המבוסס על שורה ארוכה של חומרי גלם – תשומות יצירתיות, המוגנות כזכויות יוצרים וזכויות מבצעים: לחני השירים הם "יצירה מוזיקלית" המוגנת כזכות יוצרים, תמלילי השירים הם "יצירה ספרותית" המוגנת כזכות יוצרים, העיבוד המוזיקלי אף הוא עשוי להיות מוגן כ"יצירה מוזיקלית" עצמאית ונפרדת, ואילו ביצועיהם המוקלטים של האמנים הראשיים ונגני האולפן עתידים להיות מסווגים כ"ביצועים" המוגנים בזכות מבצעים.<sup>6</sup> בנוסף, התקליט המוגמר עצמו הוא בבחינת "רשומת קול", אשר סעיף 19 לחוק זכות יוצרים מקנה לה הגנת זכות יוצרים עצמאית ונפרדת הנתונה למפיק התקליט. כחלק ממסגרת כללית זו, זכות הבלעדיות של בעלי זכויות היוצרים ובעלי זכויות המבצעים בתקליט ובתשומות היצירתיות השונות ששולבו בו, תלה הן על שימוש ישיר בתקליט עצמו, כגון השמעה פומבית של התקליט או שידורו, והן כאשר התקליט משמש כתשומה יצירתית – אחת מבין כמה – בתוך מוצר תקשורת נוסף, כגון סרט קולנוע אשר התקליט משולב כחלק מפס הקול שלו.<sup>7</sup>

מאפיין מרכזי נוסף של שוק התקשורת, המצריך אף הוא הסדרה באמצעות דיני זכויות יוצרים, מתייחס לנטייתם של תאגידי תקשורת למצות עד תום את הפוטנציאל המסחרי הטמון במוצר התקשורת בשווקים משניים ושווקים נגזרים רבים ככל האפשר. כך, לדוגמה, סרט קולנוע, אשר מופץ תחילה לבתי קולנוע, צפוי להיות מופץ בהדרגה ובשלבים במתכונות ובערוצי ההפצה נוספים אלה: הקרנה במטוסים ובתי מלון, עותקי DVD למכירה, השאלת עותקים בספריות השכרה, שירותי תוכן מהסוג של video on demand-1 pay per view,

יוצרים, 1924, חא"י (א), 364. לסקירה מקיפה של דין זכויות היוצרים הנוהג בישראל ראו, טובי גרינמן, זכויות יוצרים – מעידן הרפואה אל העידן הדיגיטלי (איש ירוק, תשס"ד).

5. ראו, חוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, ס"ח 157. האמנה הבינלאומית המרכזית בנוגע ל"זכויות שכנות" היא "אמנת רומא" – האמנה להגנת מבצעים, יצרני רשומות קול, וארגוני שידור, אשר נחתמה ברומא בשנת 1961 (בפרט סעיפים 7 ו-12 לאמנה). ישראל הצטרפה לאמנת רומא בשנת 2002 (ראו לעניין זה את צו זכויות יוצרים, מבצעים ומשדרים (אמנת רומא), תשס"ג-2002, ק"ת 66).

6. סעיפים 1-2 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים.

7. הן החקיקה בתחום זכויות היוצרים והן החקיקה המתייחסת ל"זכויות שכנות", כגון זכות מבצעים וזכות משדרים, קובעות רשימה סגורה של שימושים הכפופים לזכות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים. בין השימושים המרכזיים הכפופים לזכות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים נמנים: העתקה, שעתוק וביצוע פומבי של היצירה המוגנת. ראו, סעיף 2(1) לחוק זכות יוצרים, ראו גם את סעיף 2 לחוק זכות מבצעים ומשדרים.

שידורים חוזרים בערוצי טלוויזיה רב ערוצית, ובאתרונה גם שיווק והפצה בפלטפורמות סלולריות למיניהן. כגופים האמונים על השאת רווח, תאגידי תקשורת אמורים למצות עד תום את הפוטנציאל הכספי הטמון ברפרטואר התכנים המצויי בבעלותם, ובמסגרת זו לבחון מעת לעת אפשרויות לניצול חוזר של אותם תכנים. על כך יש להוסיף כי במקרים לא מעטים מוצר התקשורת אף צפוי לשמש מקור ובסיס הן למוצרי המשך והן לשורה ארוכה של מוצרי לוואי כגון משחקי מחשב, מוצרי מולטי-מדיה ומוצרי צריכה מסוגים שונים.<sup>8</sup> כך, לדוגמה, סרט אנימציה של תאגיד התקשורת Walt Disney צפוי להתחיל את דרכו בבתי הקולנוע, ומאוחר יותר להיות מופץ ומשווק בשורה של אפיקים נוספים מהסוג אשר הוזכר קודם לכן. בנוסף, אותו סרט אף עשוי להוות בסיס לסרטי המשך ולסדרה ארוכה של מוצרי תקשורת ומוצרי לוואי כגון מחזות זמר, ספרי ילדים, פריטי אפנה ועוד.<sup>9</sup> החשוב לענייננו הוא, כי דיני זכויות יוצרים משמשים מקור משפטי המכסס ומדרכן מגמה זו ותומך בה, שכן הפוטנציאל הכלכלי הטמון בכל אותם שווקים משניים ונגזרים נובע בעיקר מכך שהשימוש במוצר התקשורת המקורי, בכל אותם שווקים נוספים, אף הוא כפוף ונשלט על ידי זכויות היוצרים במוצר התקשורת המקורי. מכאן התמריץ הכלכלי למצות עד תום את כל אותם שווקים נוספים, בפרט על רקע מהותו של מוצר התקשורת כמשאב מופשט, אשר משכוסו העלויות הקבועות הכרוכות בהפקתו, אוי העלויות השוליות הכרוכות בשיווק מוצר התקשורת והפצתו בשווקים משניים ובשווקים נגזרים צפויות להיות נמוכות במידה ניכרת מאלה הכרוכות בהפקת מוצרי תקשורת חדשים ומקוריים לאותם השווקים.

חלקן של אגודות לניהול משותף של זכויות בשוקי תקשורת בא לידי ביטוי בכך שהן מנהלות עבור סקטורים מסוימים של יוצרים ושל מבצעים, חלק מזכויות הקניין הרוחני שלהם בתשומות יצירתיות,<sup>10</sup> אשר משולכות במוצרי תקשורת מוגמרים. כך, לדוגמה, בישראל פועלות האגודות הבאות: אקו"ם, אשר מנהלת, בין היתר, את זכויותיהם של מלחינים ותמלילנים; אשכולות – החברה לזכויות המבצעים של אמני ישראל, אשר מנהלת את זכויות המבצעים של אמנים מבצעים כגון שחקנים וזמרים; עיל"ם – עמותת ישראלית לזכויות מוזיקאים מבצעים, אשר מנהלת את זכויות המבצעים של מוזיקאים מבצעים; ותל"י – חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל, אשר מנהלת את זכויות היוצרים של תסריטאים ובמאים. במקרים מסוימים, הגם שהם נדירים יותר, אגודות לניהול משותף של זכויות עשויות לייצג גם בעלים של זכויות היוצרים

8. לסקירת מגמות אלה של שוק התקשורת המסחרי, ראו: Guy Pessach, "Copyright Law as a Silencing Restriction on Noninfringing Materials: Unveiling the Scope of Copyright's Diversity Externalities", 76 S. Cal L. Rev. (2003) 1067, pp. 1087-1090.

9. ראו, למשל, את הסקירה המופיעה אצל: Ronald V. Bettig, *Copyrighting Culture: The Political Economy of Intellectual Property* (1996) 79-103.

10. והכוונה היא לזכויות הכלכליות ביצירה המוגנת, להבדיל מן הזכות האישית-מוסרית של מחבר היצירה (ראו, למשל, סעיף 4א לפקודת זכות יוצרים) הנתונה בידי היוצר כזכות אישית בלתי עבירה.

במוצר תקשורת מוגמר.<sup>11</sup> בישראל, הדוגמאות לאגודות מסוג זה הן הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות, אשר מנהלת את זכויות הביצוע הפומבי של חברות תקליטים בתקליטים ורשומות קול מסוגים נוספים; הפדרציה למוזיקה ישראלית ויום תיבונית, המנהלת אף היא זכויות יוצרים של מפיקי תקליטים; ובאחרונה גם תכנים – חברת התמלוגים של מפיקי הטלוויזיה והקולנוע העצמאיים בישראל.

המשך המאמר יתמקד בניתוח ביקורתי של הנסיבות ושל ההקשרים, אשר בהם ישנה הצדקה למעורבותן של אגודות לניהול משותף של זכויות בשוק התקשורת. בשלב זה, החשוב לענייננו הוא כי כעניין של עובדה, במקרים רבים התקשרות חוזית עם אגודות לניהול משותף היא תנאי הכרחי כדי להוציא לפועל שימוש מסחרי במוצר תקשורת מוגמר הכולל תשומות יצירתיות משל יוצרים ומבצעים המיוצגים על ידי אותן אגודות. כך, לדוגמה, לצורך שידור וידאו־קליפים בערוץ טלוויזיה, על הגורם המסדר להתקשר בהסכמים עם כל אחת מן האגודות אשר תשומות יצירתיות משל יוצרים ו/או מבצעים, המיוצגים על ידה, משולבים בווידיאו־קליפים: מלחינים ותמלילים של היצירות המוזיקליות המבוצעות בווידיאו־קליפ; מפיקי רשומות הקול המשולבות בווידיאו־קליפ; המבצעים המשתתפים בווידיאו־קליפ ובפס הקול שלו; ויוצרי הווידיאו־קליפ כיצירה דרמטית־אורקולית.

בפועל, פעילותן של אגודות לניהול משותף מתמקדת בעיקר באותם מגזרים שבהם המשתמש הנו גורם העושה שימוש תדיר ושוטף בכמות ניכרת של חומרים מתוך רפרטואר היצירות המנוהל על ידי האגודה, כגון שידור תקליטים ויצירות מוזיקליות על ידי תחנות רדיו. במקרים אלה, אגודות ניהול הזכויות נוהגות להעניק רישיון גורף תקופתי – blanket license – המקנה למשתמש זכויות שימוש מסוימות בכלל רפרטואר היצירות המנוהל על ידי האגודה. בנסיבות מסוג זה, ההסבר המקובל לפעילותה של אגודת ניהול הזכויות, בשם סקטור היוצרים המיוצג על ידה ומטעמו, נעוץ בעלויות העסקה ובעלויות האכיפה הרבות המאפיינות מצבים שבהם משתמש נדרש, באופן שוטף ותדיר, למגוון ניכר של רפרטואר יצירות מוגנות. ביתר פירוט, העלויות המרכזיות אשר ניתן לציין בהקשר זה מזויות הראייה של המשתמש, הן עלויות איתור בעלי זכויות היוצרים ברפרטואר יצירות; עלויות ניהול משא ומתן והתדיינות; הסיכון המשפטי והכספי הכרוך בשימוש ביצירות בלא קבלת הרשאה מראש; והעלויות הכרוכות במציאת חומרים חליפיים לחומרים אשר לא ניתן היה להשיג בעבורם הרשאה. מזויות הראייה של בעלי זכויות היוצרים, מדובר בעלויות אכיפה כלפי משתמשים מפרים וכן בעלויות ניהול משא ומתן, ובמידת הצורך, התדיינות משפטית עם משתמשים. ככלל, הגישה הרווחת,<sup>12</sup> אף שאינה נקייה מספקות

11. סוגיה זו ומשמעות ההבחנה בין שני הסוגים של אגודות לניהול משותף של זכויות יידונו בהרחבה בחלק ג של המאמר.

12. ראו, רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד ב(2) 625 (להלן: עניין אקו"ם), בפסקאות 6-7 לפסק הדין; ת"א (ת"א) 3387/98 אן.אם.סי. מוסיקה בע"מ נ' מישראל ברזילי (לא פורסם). ראו גם את ההלטת הממונה על הגבלים עסקיים לפי סעיף 14 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988, ס"ח 128 בדבר מתן פטור מהסדר כובל – הסדר בין התאחדות הסוחרים הכללית והעצמאיים בישראל ובין אולמות שמחה וגני אירועים החברים



ומביקורת,<sup>13</sup> הנה כי בנסיבות כאלה, שימוש במתכונת של רישיון גורף, הניתן על ידי אגודה לניהול משותף של זכויות, מספק פתרון יעיל לכשלי השוק, אשר היו צצים לו היה צורך במספר רב מאוד של התקשרויות פרטניות בין יוצרים בודדים ובין משתמשים.

בה, שעניינו ניהול משא ומתן משותף עם תאגידי לניהול משותף של זכויות יוצרים (מיום 13.8.2003). בפסקה 3.3 להחלטה כותב הממונה על ההגבלים העסקיים: "תאגידי לניהול משותף הם תאגידי המייצגים מספר רב של בעלי זכויות יוצרים, ועוסקים במתן הרשאה קולקטיבית לשימוש ביצירות המוגנות בזכויות יוצרים. תאגידי שכאלה, הנפוצים במדינות רבות בעולם, הוקמו כמענה לקושי ולעלויות עסקה רבות הכרוכות בניהול משא ומתן פרטני עם כל בעלי זכויות היוצרים. על פי הפרקטיקה הנוהגת, גוף אחד או מספר גופים מצומצם, מקבלים מבעלי הזכויות השונים הרשאה (בדרך של רישיון או בדרך של העברת הזכות) לנהל בשם בעלי זכויות השונים את פעולות ההרשאה, גביית התמלוגים והאכיפה. מקובל כי אותו הגוף מעניק למשתמשים השונים רישיון גורף (blanket license) המכסה את כלל היצירות המוגנות המצויות ברפרטואר של תאגיד לניהול משותף". ראו גם פסקה 2 לקביעה לפי סעיף 43(א1) והכרזה לפי סעיף 26(א) לחוק ההגבלים העסקיים, בדבר הסדר כובל ובעל מונופולין – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ (מיום 30.3.2004) (להלן: החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אקויים); וכן ה"ע (י"ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (טרם פורסם) (להלן: החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפדרציה הישראלית לתקליטים) בעניין סעיף 13 לחוק ההגבלים העסקיים, פסקה 10 ופסקאות 52-54 לפסק הדין, אשר בהן בית הדין מציין את היתרונות הגלומים באגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים וכשלי השוק אשר פעילות האגודות מספקת להם מענה ופתרון: היותן של האגודות הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות קול (באותו המקרה) ולאכופ את זכויותיהם של בעלי זכות ההשמעה (פסקה 52 לפסק הדין); חיסכון בעלויות עסקה ואכיפה עקב היתרונות לגודל של האגודות והיקף הרפרטואר המיוצג על ידיהן (ואת, בעוד שיטה של מתן הרשאה ואכיפה פרטניים, על ידי כל בעל זכות יוצרים אינדיבידואלי לבדו, כרוכה בעלויות עסקה ואכיפה העולות על ערך ההתקשרות למשתמש ולבעל הזכויות (פסקה 53 לפסק הדין); וכפועל יוצא, תרומתן של אגודות לניהול משותף של זכויות להגברת התפוקה, הקלת הנגישות וייעול השימוש ביצירות מוגנות (פסקה 54 לפסק הדין). אלה הם גם הנימוקים המרכזיים אשר נהוג לציין בספרות. ראו, למשל: Stanley M. Besen, Sheila N. Kirby and Steven C. Salop, "An Economic Analysis of Copyright Collectives", 78 Va. L. Rev. (1992) 383; Robert P. Merges, "Contracting into Liability Rules: Intellectual Property Rights and Collective Rights Organizations", 84 Cal. L. Rev. (1996) 1293.

13. ראו, חלק ג. להלן. לניתוח ביקורתי של יתרונות היעילות המיוחדים לאגודות לניהול משותף של זכויות ראו גם את מאמרו בחוברת זו של אריאל כץ, מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי, דין ודברים ב (תשס"ו), 551.

בנוסף, בהקשרים מסוימים פעילות אגודת ניהול הזכויות עשויה לחלוש גם על מתן הרשאות פרטניות להשתמש בחומרים מתוך רפרטואר היצירות המנוהל על ידי האגודה. כך, לדוגמה, אקו"ם, המייצגת מלחינים ותמלילנים, עוסקת, בין היתר, גם במתן הרשאות פרטניות מטעם חבריה לשימוש ביצירות מוזיקליות בפרסומות.<sup>14</sup> במצב דברים זה הרישיון שנותנת אגודת ניהול הזכויות, הוא בדרך כלל רישיון פרטני לשימוש מסוים המצריך קבלת אישור מאת היוצר.

במבט מן הצד, לפחות ככל שהדברים נוגעים לאגודות לניהול משותף העוסקות במתן רישיונות שימוש בתשומות יצירתיות המשולבות במוצר תקשורת מוגמר, מצב הדברים המתואר בפסקאות הקודמות עשוי לעורר תמיהה וסימן שאלה מסוים. ככלל, מרבית מוצרי התקשורת המסחריים מופקים על ידי תאגידים אשר זהו תחום עיסוקם: חברות תקליטים, חברות הפקה בתחום הטלוויזיה והקולנוע ותאגידי שידור. משום כך, לא הייתה צריכה להיות כל מניעה כי גופים אלה יחזיקו, ולמצער יהיו מורשים באופן מלא, במכלול זכויות היוצרים במוצר התקשורת המוגמר לרבות התשומות היצירתיות השונות המשולבות בו. בפועל, זה איננו מצב הדברים בחלק גדול מן המקרים מן הטעם העובדתי הזה: לפי מתכונת הפעולה של מרבית האגודות לניהול משותף של זכויות, היוצרים מעניקים לאגודה כתב העברת זכויות גורף, גם בנוגע ליצירותיהם העתידיות. המשמעות המעשית של כתב העברת זכויות כאמור הנה, כי כאשר אותו יוצר או מבצע נוטל חלק בהפקת מוצר תקשורת, זכות היוצרים בתשומה היצירתית שהוא מספק איננה מצויה עוד בבעלותו, אלא היא כבר מנוהלת על ידי אגודת ניהול הזכויות הפועלת מטעמו. לפי מצב הדברים הנוהג במרבית המקרים אגודות לניהול משותף של זכויות אינן מוכנות להעניק למפיק מוצר התקשורת רישיון המתייחס גם לנסיבות שבהן השימוש במוצר התקשורת המוגמר, לרבות התשומה היצירתית הכלולה בו, מתבצע על ידי צד שלישי. ככל שהדברים נוגעים לאותה תשומה יצירתית המשולבת במוצר התקשורת והמנוהלת על ידי האגודה לניהול זכויות, בדרך כלל עומדת האגודה על כך שצדדים שלישיים, המבקשים לעשות שימוש במוצר התקשורת, ישאו וייתנו במישרין עם האגודה בדבר קבלת הרשאה להשתמש באותה תשומה יצירתית.

כך, לדוגמה, כאשר מפיק סרט קולנוע מקבל מאגודה לניהול משותף של זכויות, הרשאה לשילוב לחן מוזיקלי בפסקול הסרט, בדרך כלל הרשאה זו אינה מכסה שימושים של צדדים שלישיים כגון גוף שידור טלוויזיוני המשדר את סרט הקולנוע. בנסיבות כאלה, נוסף על רכישת זכויות השידור ממפיק הסרט, גוף השידור נדרש לקבל הרשאה נוספת ונפרדת מאגודת ניהול הזכויות המייצגת את מלחין היצירה המוזיקלית המשולבת בפסקול הסרט. הוא הדין גם בנוגע לחברת תקליטים, אשר מקבלת מאקו"ם הרשאה להקליט לחנים ותמלילים מתוך רפרטואר אקו"ם לצורך תקליט המופק על ידי חברת התקליטים. בפועל, הרשאה שכזו אינה צפויה לכלול הרשאה המאפשרת לחברת התקליטים למכור באמצעות

14. ראו, למשל, את המידע המופיע באתר אקו"ם בעניין מתן רישיונות לשילוב רפרטואר אקו"ם בפרסומות מסחריות: [URL: <http://www.acum.org.il/html/licences/add.html>]. בעניין מעורבותה של אקו"ם במתן רישיונות פרטניים ראו גם פסקה 3.6 (בעמ' 7) להחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אקו"ם (לעיל, הערה 12).

צדדים שלישיים, כגון מיזמים למכירת תכנים מוזיקליים ברשת האינטרנט או בתקשורת הסלולרית, עותקים דיגיטליים של התקליט או חלקים ממנו לרבות הלחנים והתמלילים הכלולים בתקליט. ככל שהדברים נוגעים ללחנים ולתמלילים אשר כלולים בתקליט, אקו"ם תעמוד על כך שההרשאה להפקה ומכירה של עותקים מהם (כתשומה יצירתית המשולבת בתקליט) על ידי צדדים שלישיים, תינתן אך ורק כחלק ממערכת יחסים חוית ישירה בין אקו"ם ובין אותו צד שלישי.

ההשלכות המשפטיות והכלכליות של מצב דברים זה יידונו בהמשך המאמר. בשלב זה החשוב לענייננו הוא כי החלת מתכונת פעולה זו על סקטורים שלמים של יוצרים ומבצעים מגיבה משטר קנייני המגביל את הזכויות וההרשאות אשר מפיקים יכולים לרכוש בנוגע לתשומות היצירתיות הכלולות במוצרי תקשורת המופקים על ידיהם.<sup>15</sup> משטר קנייני זה הוא הגורם אשר מכוחו נקבע חלקן של אגודות לניהול משותף בשוק התקשורת – אותו מעין "שעבוד צף" אשר יש לאגודות על דרכי הניצול והשימוש של מוצרי תקשורת הכוללים תשומות יצירתיות של בעלי זכויות יוצרים שהאגודות מייצגות. אשר למוצרי תקשורת שכאלה, כל שימוש במוצר התקשורת על ידי צד שלישי צפוי להצריך קבלת הרשאה הן מבעל זכויות היוצרים במוצר התקשורת המוגמר והן מן האגודות השונות לניהול משותף של זכויות אשר תשומות יצירתיות של חבריהן משולבות במוצר התקשורת המוגמר.<sup>16</sup> משטר קנייני זה מלמד גם על החלק הצפוי של אגודות לניהול משותף של זכויות בסביבה טכנולוגית תקשורתית חדשנית, אשר מאפשרת דרכי ניצול ושימוש חדשים של מוצרי תקשורת קיימים. כל שימוש נוסף וחדש במוצרי תקשורת קיימים צפוי להצריך קבלת הרשאה מן האגודות הרלוונטיות, אשר תשומות יצירתיות שהן מנהלות משולבות באותם מוצרי תקשורת. כך, לדוגמה, המקרה של שירותי תוכן סלולריים המספקים למשתמשי קצה תכנים מוזיקליים, אשר במקור הוקלטו על גבי תקליטים ותקליטורים. בהקשר זה חברת הסלולר, בכובעה כספק תוכן, נדרשת לקבל הרשאה הן מבעל זכויות היוצרים בתקליט כ"רשומת קול" (על פי רוב, חברת התקליטים) והן מן האגודות השונות המייצגות יוצרים אשר יצירותיהם שולבו ברשומת הקול המקורית.

עד כאן תיארת, בתמצית רבה, את חלקן של אגודות לניהול משותף של זכויות בשוקי תקשורת מסחריים. מנקודת ראותו של הדין, אחת השאלות המרכזיות, אשר אגודות לניהול משותף מעוררות, היא מעמדן הראוי לפי דיני ההגבלים העסקיים. התפיסה הרווחת הנה כי במקרים רבים מתכונת פעילות האגודות עלולה לכלול התקשוריות והסכמות שהן הסדר

15. בשימוש במונח "משטר קנייני" אינני מתעלם מכך שמדובר בתוצאה של מערכות יחסים חויות בין אגודת ניהול הזכויות ובין היוצרים שהיא מייצגת. ואולם אותה מתכונת של העברת זכויות (קנייניות) כללית, עתידית וגורפת, לידי אגודת ניהול הזכויות, עדיין מובילה לידי כך שמכלול זכויות הקניין הרוחני מוחזקות ומנהלות על ידי האגודה, ולכך כוונתי בשימוש במונח "משטר קנייני".

16. והכוונה היא, כמובן, לאותם שימושים הכפופים לזכות הבלעדיות של בעל זכות היוצרים ולא לשימושים אשר אינם מצריכים קבלת הרשאה מבעל זכות היוצרים.

כובל אסור, ובמקרים מסוימים אף לתת בידי האגודה כוח שוק מונופוליסטי.<sup>17</sup> מכאן החשש המוגבר לפגיעה בתחרות, אשר אגודות לניהול משותף מעוררות, ובכלל זה:<sup>18</sup> (1) חשש לפגיעה בתחרות עקב כבילה בנוגע למחיר שיידרש, וזאת מן הטעם שחבירה משותפת, בתוך אגודה לניהול משותף, יוצרת הזית משותפת כלפי המשתמש, אשר יש בה כדי לקבע מחיר ותנאים אחידים בנוגע לשימוש ברפרטואר היצירות המוגנות; (2) חשש למניעת קיומה של תחרות אופקית, לרבות מניעת האפשרות שמשמשים ינהלו משא ומתן ישיר עם יוצרים פרטניים בדבר השימוש במספר יצירות מתוחם ותוך סטייה ממתכונת "מוצר המדף" של רישיון גורף לכלל הרפרטואר אשר האגודה מייצגת; (3) וחשש להפעלת כוח המונופולין של האגודה לניהול משותף הן כלפי חבריה ומצטרפים פוטנציאליים והן כלפי משתמשים.

גדרות הדיון המצומצמים של מאמר זה אינם מאפשרים לי להרחיב בכל אלה, אך די אם נאמר כי בצומת דרכים זה דיני ההגבלים העסקיים נזקקים לנימוק משכנע כדי להצדיק

17. ראו החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין אקו"ם (לעיל, הערה 12), אשר הכריזה על אקו"ם כעל בעלת כוח מונופולין וכעל גוף שהסדרי הקמתו ודרך פעולתו עולים כדי הסדר כובל אסור (החלטה אשר כנגדה תלוי ועומד ערר); וכן החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפדרציה הישראלית לתקליטים (לעיל, הערה 12), אשר בה קבע בית הדין כי פעילותן של חברות התקליטים במסגרת הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, עולה כדי הסדר כובל. עם זאת, אישר בית הדין, בתנאים מגבילים, את פעילותה של הפדרציה כהסדר כובל לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, אך ראו גם את עניין אקו"ם (לעיל, הערה 12), בעמ' 631-630, אשר בהם השאירה השופטת דורנר בסימן שאלה את מעמדם של ארגונים לניהול משותף של זכויות יוצרים תחת מנסרת דיני הגבלים העסקיים, בלי שסוגיה זו נדונה לגופה בפסק הדין. לשם השלמת התמונה, מן הראוי לציין גם את פסק דינו של בית המשפט העליון האמריקני בעניין: *Broadcast Music, Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc.* (1979) 441 U.S. 1 (להלן: עניין BMI). באותו מקרה אכן נקבע כי אין לראות את פעילותה של אגודה לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי כפעילות העולה כדי הסדר שהוא *per se illegal*, אלא מדובר בהסדר אשר שאלת חוקיותו, כהסדר הפוגע בתחרות, צריכה להיבחן בכל מקרה ומקרה לגופו בהתבסס על כלל ה-*rule of reason*. ואולם בהקשר זה, כפי שציין בית הדין להגבלים עסקיים בהחלטתו בעניין הפדרציה הישראלית לתקליטים (לעיל, הערה 12), בפסקאות 45-48) יש להביא בחשבון את העובדה שעל פי הדין האמריקני, אין מנגנון חקיקתי לאישור הסדרים כובלים אסורים, ומשום כך פותחה ההבחנה בין כבילות שהן אסורות כשהן לעצמן (*per se illegal*) ובין כבילות שניתן לבחון את הצדקתן בהתבסס על מבחן של סבירות וכללי היגיון (*rule of reason*). לפיכך כל שנקבע בעניין BMI הוא, כי אין מדובר בפעילות אשר בגינה קיימת חוקה חלוטה, כי היא עולה כדי הסדר כבול אסור, ולא נקבעה עמדה בדבר חוקיותה של הפעילות לפי כלל ה-*rule of reason*.

18. לאזכור הנימוקים המפורטים להלן, ראו את החלטת הממונה על ההגבלים העסקיים בעניין אקו"ם (לעיל, הערה 12), סעיפים 5.3-5.4.

את התרת פעילותן של אגודות לניהול משותף, ולו גם לצד קביעת משטר של פיקוח ותנאים שיגבילו את אופן פעולתן של האגודות. כאמור, הצידוק המקובל להתרת פעילותן של אגודות לניהול משותף הוא כשל שוק אשר עניינו עלויות העסקה ועלויות האכיפה הכרוכות בשימוש שוטף ותדיר במגוון ניכר של יצירות מוגנות. מטרתו בחלק הבא של המאמר היא לקרוא תיגר על כוח השכנוע של טיעון עלויות העסקה, לפחות ככל שהדברים נוגעים לאגודות לניהול משותף המייצגות סקטור מסוים של יוצרים או מבצעים, אלה המספקים תשומה יצירתית - אחת מבין כמה - המשמשת את מוצר התקשורת המוגמר.

### ג. גבולות כוח השכנוע של טיעון עלויות העסקה

מבט מקרוב בטיעון עלויות העסקה מלמד כי הטיעון חל באופן שונה על שני סוגי האגודות לניהול משותף של זכויות. הכוג הראשון הוא של אגודות לניהול משותף מטעם הבעלים של זכויות היוצרים במוצר תקשורת מוגמר - "ארוו" ומספק לצרכן, כגון תקליט או סרט קולנוע. הסוג השני הוא של אגודות לניהול משותף מטעם הספקים והבעלים של הזכויות ב"תשומה יצירתית" - אחת מבין כמה - המשולבת במוצר תקשורת מוגמר, כגון מוזיקאים מבצעים המשתתפים בהקלטת תקליט; מלהינים ותמלילים המספקים מיצירותיהם לשם אותו תקליט; שחקניות ושחקנים המשתתפים בסרט קולנוע; או אפילו תסריטאי אשר על בסיס תסריט שלו מופק ומכונים סרט קולנוע.

בנוגע לסוג הראשון של אגודות לניהול משותף - אלה המייצגות בעלי זכויות יוצרים במוצר תקשורת מוגמר ו"ארוו" לצרכן - לטיעון עלויות העסקה אכן יש כוח שכנוע מסוים, לפחות באותם מקרים אשר בהם המשתמש - רוכש הרישיון הגורף מידי האגודה - משתמש תדיר ובאופן שוטף במגוון ניכר של מוצרי תקשורת מהסוג המנוהל על ידי האגודה. כך צפוי להיות המצב במקרה של השמעה פומבית של תקליטים ("רשומות קול") על ידי תחנות רדיו, ומכאן כוח התיקוף של טיעון עלויות העסקה בהקשר של אגודה לניהול זכויות מהסוג של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, המנהלת את זכויות הביצוע הפומבי וזכויות השידור של חברות תקליטים ברשומות קול. ניתן לחשוב על הקשרים נוספים שבהם אגודה לניהול משותף של זכויות מעניקה רישיונות שימוש במוצר תקשורת מוגמר למשתמשים וצרכני קצה, כגון אגודה לניהול זכויות מטעם מוציאים לאור של כתבי עת מדעיים, אשר מוסדות חינוך נוהגים לצלם ולהפיץ עותקים של מאמרים מתוכם לעתים קרובות,<sup>19</sup> או אגודה לניהול משותף של זכויות ביצירות אמנות חזותיות, אשר גופים כגון מוזאוניזם והוצאות לאור משתמשים תדיר בעותקים של אותן יצירות.<sup>20</sup> גם בנוגע לסוג

19. ראו, בארצות הברית את אגודת ה-Copyright Clearance Center, אשר עוסקת במתן רישיונות גורפים ורישיונות מסוגים נוספים לשימוש ב"יצירות ספרותיות" למיניהן, לרבות מאמרים מתוך כתבי עת מדעיים: [URL: <http://www.copyright.com/default.asp>].

20. ראו, למשל, בארצות הברית את ה-Artists Rights Society [URL: <http://www.arsny.com/sisters.html>].

זה של אגודות לניהול משותף לא ניתן להניח, כמובן מאליו, כי ישנה הצדקה כלכלית לפעילות המאוגדת במסגרת של אגודה לניהול משותף. עם זאת, ככלל ניתן לומר כי כאשר זכויות היוצרים ברפרטואר מוצרי תקשורת מוגמרים מסוג מסוים מפורזות בין מספר רב מאוד של בעלים,<sup>21</sup> אזי בנסיבות של שימוש תדיר ושוטף במספר ניכר של מוצרי תקשורת מאותו הסוג, ההצדקה המסורתית של טיעון עלויות העסקה עשויה להיות בת תוקף.

שונים הם פני הדברים בנוגע לסוג השני של אגודות לניהול משותף – אגודות המייצגות בעלי זכויות ב"תשומה יצירתית", אחת מבין רבות, המשולבת והמשמשת כמרכיב אינטגרלי במוצר תקשורת מוגמר. בנוגע לאגודות מסוג זה, כוהן של טיעון עלויות העסקה נחלש באופן ניכר משום שמפיק מוצר התקשורת המוגמר צפוי להיות גורם יעיל יותר במתן הרשאות לשימוש במוצר התקשורת, לרבות ככל שהדברים נוגעים לתשומות יצירתיות המשולבות במוצר התקשורת המוגמר ואשר בהתייחס אליהן נדרשת, לכאורה, פעילות אגודת ניהול זכויות מטעם סקטור יצירתי מסוים. מפיק מוצר התקשורת מסוגל, ובמקרים רבים אף יהיה מעוניין, לרכוש מן היוצרים והמבצעים השונים, אשר נטלו חלק בהפקת מוצר התקשורת, את זכויות השימוש באותן תשומות יצירתיות אשר ספקן על ידיהם ושולבו במוצר התקשורת המוגמר. מתכונת חלופית זו מאפשרת לצדדים שלישיים המשתמשים במוצר התקשורת המוגמר, לרבות בתשומות היצירתיות השונות המהוות חלק אינטגרלי ממנו, לקבל הרשאה אך ורק ממפיק המוצר או ממפיץ מורשה מטעמו, בלי שאותם צדדים שלישיים יידרשו לקבל הרשאה נוספת ונפרדת מבעלי זכויות היוצרים בתשומות היצירתיות השונות הכלולות באותו מוצר תקשורת, ו/או מאגודה לניהול משותף של זכויות המייצגת את אותם בעלי זכויות.

על פי תרחיש זה, סוגיית תשלום התמלוגים לבעלי זכויות היוצרים בתשומות היצירתיות השונות, בגין השימוש במוצר התקשורת המוגמר על ידי צדדים שלישיים, צפויה להישלט במלואה על ידי תוכן ההתקשרות החוזית בין מפיק מוצר התקשורת ובין כל אחד ואחד מספקי התשומות היצירתיות השונות. ייתכנו מקרים שבהם מפיק מוצר התקשורת ירכוש את זכויות השימוש בתשומה היצירתית כנגד סכום חד-פעמי, אשר ישולם לספק התשומה היצירתית עובר להפקת מוצר התקשורת. ייתכנו גם מקרים שבהם כנגד זכויות השימוש בתשומה היצירתית, יתחייב מפיק מוצר התקשורת לשלם לספק התשומה היצירתית תמלוגים ארוכי טווח, אשר ייגזרו מתזרים ההכנסות של מוצר התקשורת לשימושו השונים. ואולם גם אם עסקינן בחלופה השנייה, זכויות השימוש בתשומה היצירתית עדיין יהיו נתונות בידי מפיק מוצר התקשורת כאשר הוא משמש ככתובת היחידה, אשר צדדים שלישיים צריכים לפנות אליה לצורך קבלת הרשאה להשתמש במוצר התקשורת המוגמר

21. זאת להבדיל מהקשרים אשר בהם השוק הרלוונטי הוא שוק ריכוזי, המורכב ממספר מועט של ספקי מוצרי תקשורת מסוג מסוים. במקרים מסוג זה לא ניתן להניח מלכתחילה כי עלויות החיפוש, ניהול המשא ומתן והאכיפה, הכרוכים בקבלת הרשאה להשתמש – ולו גם באופן תדיר ושוטף – ברפרטואר מוצרי תוכן מסוג מסוים, עולים על הנוקים האנטי-חרוטיים הנלווים לניהול פעילות רישוי במסגרת של אגודה לניהול משותף של זכויות.

לרבות התשומות היצירתיות השונות הכלולות בו. ניתן להדגים זאת באמצעות הדוגמאות הבאות:

כאשר מדובר בסרט קולנוע, מפיק הסרט מסוגל "לנקות זכויות", כלומר לקבל רשות שימוש ו/או לרכוש את זכויות היוצרים מידי התסריטאי, הבמאי, המבצעים (שחקנים ושחקניות) ומלחין פסקול הסרט – כולם גורמים המקיימים קשר חוזי ישיר עם מפיק הסרט עובר להפקתו ואשר תשומותיהם היצירתיות משולבות בסרט כמוצר תקשורת מוגמר. מפיק הסרט אף מסוגל לסכם עם כל אחד מאותם ספקי התשומות היצירתיות את שיעור התמורה – תהיה זו תמורה חד-פעמית או תמורה במתכונת של השתתפות ברווחים – אשר תשתלם לידיהם בגין תורים ההכנסות של סרט הקולנוע מכל השימושים השונים הצפויים בו (כגון הקרנה בבתי תאטראות, מכירה והשאלה של עותקי DVD, הקרנות ושידורים חוזרים בערוצי טלוויזיה וכיוצא בזה). דוגמה נוספת עשויה להיות תקליט, שמפיקה חברת תקליטים, ואשר מצריך שימוש ושילוב של תשומות יצירתיות של האמנים המבצעים (זמרים וזמרות), נגני אולפן, מלחינים ותמלילני שירים המבוצעים במסגרת התקליט. כל אלה באים במגע ומנהלים קשר חוזי ישיר עם חברת התקליטים עובר להפקת התקליט. כחלק ממערך התקשורתיות חוזיות זה, אין כל מניעה להסדיר גם את מעמדה של חברת התקליטים כבעלת זכויות שימוש בתשומות היצירתיות השונות המשולבות בתקליט כמוצר תקשורת מוגמר.

ניתן לגרוס אפוא כי מוויית הראייה של שיקולי יעילות גרידא, ספק אם יש צורך בפעילותן של אגודות לניהול משותף מטעם ספקי תשומות יצירתיות כגורם מתווך ביניהם ובין צדדים שלישיים המשתמשים במוצר התקשורת המוגמר. בנסיבות כאלה, כשל עלויות העסקה פתיר באמצעות מתן ההרשאות להשתמש בתשומות היצירתיות השונות הכלולות במוצר התקשורת, למפיק מוצר התקשורת.<sup>22</sup> על רקע זה, אם בתרחיש דמיוני כלשהו בית הדין להגבלים עסקיים יסרב לאשר את פעילותה של אגודה לניהול משותף של זכויות מטעם יוצרים המשמשים כספקי תשומות, ספק אם הדבר יוביל ל"שיתוק" השימוש החוקי במוצרי תקשורת, מבוססי אותן תשומות, על ידי צדדים שלישיים. התרחיש הסביר יותר הוא, כי בהיעדר יכולת חוקית לפעול באמצעות אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם, ספקי תשומות יצירתיות יאלצו להסתפק במפיק מוצר התקשורת כגורם המנהל את פעילות מתן ההרשאות בנוגע לתשומות היצירתיות שהם סיפקו.<sup>23</sup>

22. ראו, גם: Ariel Katz, "The Potential Demise of Another Natural Monopoly: New Technologies and the Future of Collective Administration of Copyrights", *U. Toronto Law and Economics Research Paper No. 04-02*, pp. 30-34, המפתח טיעון דומה, אם כי צר יותר בהיקפו, שהוא מכנה כאפשרות של source-licensing.

23. בנקודה זו חשוב להוסיף ולציין, כי סיווגו של חומר מוגן כזכות יוצרים כ"מוצר תקשורת מוגמר", או לחלופין כ"תשומה יצירתית המשולבת כחלק אינטגרלי – מרכיב אחד מבין כמה – ממוצר תקשורת מוגמר", היא הבחנה פונקציונלית העשויה להשתנות ממקרה למקרה. ייתכן בהחלט כי בהקשר אחד חומר המוגן כזכות יוצרים ישמש כמוצר תקשורת מוגמר, ואילו בהקשר שני אותו חומר מוגן ישמש כתשומה יצירתית המשולבת כמוצר תקשורת מוגמר.

באופן כללי יותר, האמור לעיל עשוי להיות מתואר במונחי אסכולת ה-transaction cost economics<sup>24</sup>, כבחירה בין מבנה מוסדי, המרכז בידי הפירמה – מפיקת מוצר התקשורת המוגמר – את הזכויות ו/או הרשאות השימוש במכלול התשומות היצירתיות הכלולות במוצר התקשורת, ובין מבנה מוסדי המשייר את הכוח להתיר שימוש באותן תשומות יצירתיות וכפי שהן משולבות במוצר התקשורת המוגמר, בידי ספקי התשומות. לכאורה, אגודות לניהול משותף של זכויות מספקות פתרון לכשלי עלויות עסקה, הנוטים לאפיין את המבנה המוסדי השני (וזאת, עקב פיצול הזכויות בתשומות היצירתיות השונות בין מספר רב של בעלי זכויות יוצרים נפרדים), ואולם מן האמור עד כה עולה, כי דרך המלך הנה אימוץ המבנה המוסדי הראשון – זה המצדד בריכוז ההרשאות להשתמש בתשומות היצירתיות השונות בידי הפירמה מפיקת מוצר התקשורת.<sup>25</sup>

אחר. כך, לדוגמה, לצורך פעילות תקשורתית מהסוג של השמעה ברדיו, תקליט צפוי לשמש כמוצר תקשורת מוגמר, ואילו לצורך שילובו בפסקול סרט קולנוע, אותו תקליט צפוי לשמש כתשומה יצירתית המשולבת בסרט הקולנוע. באופן דומה, לצורך הפקת תקליט, לחן של יצירה מוזיקלית צפוי לשמש כתשומה יצירתית המשולבת בתקליט כמוצר תקשורת מוגמר, ואילו לצורך ביצוע פומבי חי על ידי תזמורת, אותו לחן עשוי לשמש כמוצר תקשורת מוגמר. הגישה שאני מציע בנוגע לתחומי הפעילות הראויים של אגודות לניהול משותף היא גישה פונקציונלית. על פי גישה זו, תחומי פעילות הרישוי של אגודה לניהול משותף צריכים להתפרס אך ורק באותם הקשרים, אשר בהם נעשה שימוש תדיר ושוטף בחלק ניכר מפרטואר האגודה, כמוצרי תקשורת מוגמרים, ולא כתשומות יצירתיות המשולבות במוצרי תקשורת אחרים העומדים בפני עצמם. כך, לדוגמה, אגודה לניהול משותף של זכויות מטעם חברות תקליטים עשויה להיות מוצדקת בהקשר של פעילות שידור והשמעה פומבית של תקליטים. להבדיל, אין מקום לפעילות האגודה בהקשר של שילוב קטעים מתוך תקליטים בפסי קול של סרטי קולנוע וטלוויזיה, ומאוחר יותר, שידור והקרנה של אותם סרטים, לרבות פס הקול שלהם. בנסיבות כאלה, מתכונת הפעילות היעילה יותר היא הסכם רישיון ישיר בין חברת התקליטים ובין מפיק הסרט, אשר יכסה גם שימושים מהסוג של שידור והקרנה של הסרט על ידי צדדים שלישיים.

24. ראו: Oliver E. Williamson, *Markets and Hierarchies* (1975). תיאוריית הוצאות העסקה עוסקת בניתוח והשוואה בין הוצאות הכרוכות בעסקאות במסגרת השוק ובין הוצאות הכרוכות בעסקה שלא במסגרת השוק, היינו עסקאות פנים ארגוניות. יסודה של התיאוריה בהסבר מרוע יש לבכר את קיומה של הפירמה כהסדר אלטרנטיבי וזול מביצוע עסקאות במסגרת השוק. המאמר הקלאסי בנושא הוא, Ronald Coase, "The Nature of the Firm", *4 Economics* (1937) 386.

25. וכאן המקום לציין כי בשורה של הקשרים, דין זכויות היוצרים אכן ער ליתרונות הטמונים בריכוז הזכויות וההרשאות, בנוגע למוצר התקשורת המוגמר, לרבות התשומות השונות הכלולות בו, בידי מפיק המוצר. דוגמה אחת לכך מצויה בסוגיית הבעלות בזכות היוצרים ביצירה אורקולית ("אודיו-וידאו-אלית") בשיטות משפט אירופיות. הגם שבשיטות משפט אלה, על פי רוב, החוק מציין את הבמאי ואת התסריטאי כ"מחברים הראשונים" של היצירה



כשבוחרים במבנה מוסדי שכוה, אוי כשל עלויות העסקה אינו קיים כלל. לפיכך מתייתר גם הצורך באגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי התשומות היצירתיות השונות. לאור הניתוח לעיל ניתן גם להבין מדוע המחאת זכויות גורפת ועתידית מאת יוצרים – ספקי תשומות יצירתיות, אל אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם הנה בגדר מהלך המקיים, בבחינת יש מאין, את אותו כשל עלויות עסקה, אשר בשלב מאוחר יותר, אותן האגודות עצמן מתיימרות לפתור, תוך שהן נשענות על כשל זה כמקור להצדקת פעילותן. המחאת זכויות גורפת ועתידית מספקי תשומות יצירתיות אל אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם חוסמת ואינה מאפשרת את היווצרותו של המבנה המוסדי הראשון – זה המרכז בידי הפירמה, מפיקת מוצר התקשורת, את הזכויות ו/או הרשאות השימוש במכלול התשומות היצירתיות הכלולות במוצר התקשורת המוגמר. בעקבות חסימה זו נוצר אותו צורך של משתמשים לקבל הרשאה גם מהיוצרים – ספקי התשומות היצירתיות, לרבות עלויות העסקה הכרוכות בכך.<sup>26</sup>

האודיוויזואלית, בדרך כלל חקיקת זכויות היוצרים באירופה עדיין כוללת סעיף נוסף, על פיו קיימת חוקה, שבהיעדר הסכמה סותרת, יש לראות את הזכויות ביצירה האודיוויזואלית כמומחנות לידי של מפיק היצירה. לסקירה מפורטת של הדין במדינות שונות באירופה ראו: Marjut Salokannel, *Ownership of Rights in Audiovisual Productions – A Comparative Study* (1997) 200-253, 337-342.

דוגמה נוספת מתייחסת להקשר של זכויות מבצעים, אשר השתתפו בהפקתה של יצירה אודיוויזואלית. סעיף 19 לאמנת רומא להגנת זכויות מבצעים, יצרני רשומות קול וארגוני שידור שנחתמה ברומא בשנת 1961 (אמנה אשר ישראל היא צד לה, וראו צו זכויות יוצרים, מבצעים ומשדרים (אמנת רומא) (לעיל, הערה 6)), קובע כי משהסכים מבצע לטביעת ביצוע שלו כחלק מיצירה אודיוויזואלית, אוי לא תהיה עוד תחולה לזכויות המבצעים המוכרות מכוח האמנה. הוראה זו תורמת גם היא לריכוז הזכויות ביצירה האודיוויזואלית בידי מפיק היצירה בלבד.

26. בהקשר זה חשוב להוסיף ולציין, כי כפי ש-Depoorter ו-Parisi ציינו באחרונה, כאשר משתמש, הנוקק לכמה תשומות יצירתיות משלימות, נדרש לקבל הרשאה מכמה גורמים נפרדים, אוי הסך הכולל המשולם על ידי צפוי להיות גבוה מזה שהיה משולם לגורם אחד – "בעל מונופולין", המספק, כמקשה אחת, את מכלול אותן התשומות המשלימות, וזאת בשל נסיבות של "דילמת אסיר", אשר בה כל אחד מאותם גורמים יבקש למקסם את רווחיו מתוך "עמדת הסחטנות" שלו כבעל זכות יוצרים בתשומה משלימה הכרחית. ראו: Ben Depoorter and Francesco Parisi, "The Market for Intellectual Property: The Case of Complementary Oligopoly", *The Economics of Copyright: Development in Research and Analysis* (Wendy J. Gordon and Richard Watts — eds., 2003) 162-175. החשוב לענייננו הוא, כי טענתם העקרונית של Parisi ו-Depoorter, ישימה, בה במידה, גם בנסיבות שבהן מוצר תקשורת מסוים מורכב משורה של תשומות יצירתיות, אשר זכות הקניין הרוחני בכל אחת מהן היא בבחינת "משאב משלים" הנדרש כדי שניתן יהיה להשתמש במוצר התקשורת המוגמר. טיעונם של Parisi ו-Depoorter מלמד אפוא כי מלבד הנוקיים האנטי-

האמור לעיל מלמד גם על נזק אנטי-תחרותי נוסף, הנוגע לפעילותן של אגודות לניהול משותף, אשר עד היום טרם זכה להתייחסות מספקת בהחלטות הממונה על ההגבלים העסקיים.<sup>27</sup> נזק זה נוגע לשוק התשומות היצרניות המסופקות לשם הפקת מוצר תקשורת. תוצאת ריכוז זכויות יוצרים ו/או מבצעים, קיימות ועתידיות, בידי אגודה לניהול משותף של זכויות, אינה רק כי אותה אגודה משמשת כנציגה מורשה מטעם אותם יוצרים ו/או מבצעים, כלפי מי שמבקשים להשתמש במוצר תקשורת מוגמר הכולל יצירות ו/או ביצועים שלהם. התוצאה של ריכוז זכויות בידי האגודה כאמור היא גם מהלך המונע את קיומו של שוק תחרותי בין כל אותם יוצרים ו/או מבצעים, כספקי תשומות למפיקים של מוצרי תקשורת המבקשים לרכוש זכויות ו/או הרשאות, באותן תשומות המהוות חלק ממוצר התקשורת שבהפקתם.

כך, לדוגמה, כאשר תל"י – חברת התמלוגים של תסריטאים ובמאים, מרכזת בידיה, מכוח כתב המחאת זכויות עתידי וגורף, את זכויות הביצוע הפומבי של יצירות חבריה, אין כל אפשרות לקיים שוק תחרותי בין תסריטאים ו/או שוק תחרותי בין במאים, על תנאי ההסכם להעברת הזכויות ו/או ההרשאות אשר מפיק סרט קולנוע יכול לרכוש מהם. במובן זה, פוטנציאל הפגיעה בתחרות של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצרניות חל הן ex-post, על השימוש במוצר התקשורת המוגמר, לרבות

תחרותיים הרגילים, אשר נהוג לייחס לאגודות לניהול משותף, פיצול הזכויות/ההרשאות לשימוש בתשומות יצרניות, המהוות חלק ממוצר תקשורת מוגמר, בין כמה אגודות לניהול משותף, צפוי להעניק לכל אחת מאותן אגודות מעמד של מונופול בתשומה המשלימה הנדרשת לשם השימוש במוצר התקשורת המוגמר. מצב דברים זה טומן בחובו "בעיית איסוף" למשתמשים, ולעומתה "עמדת סחטנות" (holdout) לכל אחת מן האגודות, וחשש כי התנהגות אסטרטגית של כל אחת מן האגודות, תעמיד את שיעור התמורה שיידרש מהמשתמש על רף שהוא: (א) גבוה מזה אשר הייתה גובה אגודה אחת שהייתה מרכזת בידיה את הזכויות במכלול התשומות היצרניות; ובנודאי גבוה משיעור התמורה שהיו גובים מפיקים שהיו פועלים בשוק תחרותי ומחזיקים בידיהם את מכלול ההרשאות הנדרשות לשימוש במוצרי תקשורת מוגמרים שבהפקתם. (ב) רף המסכל את הוצאתן לפועל של חלק מהעסקאות לשימוש במוצר התקשורת המוגמר, ולו בגלל התנהגות סחטנית של אחת מבין האגודות אשר תבקש לנצל את כוח הסחטנות הנתון בידיה. ראו גם באופן כללי: LLloyd Cohen, "Holdouts and Free Riders", 20 J. Legal Stud. (1991) 351.

27. ראו את ההחלטות השונות המוזכרות לעיל, בהערה 12. בהקשר זה מן הראוי להוסיף ולציין כי בהחלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אקו"ם (לעיל, הערה 12), הגדרת ההסדרים הכובלים, אשר אקו"ם וחבריה מהווים צד להם, מנוסחת על ידי הממונה על הגבלים העסקיים בהרחבה. עם זאת משתמע מן ההחלטה כי מוקד הדיון של הממונה על הגבלים העסקיים הוא במערכת היחסים שבין אקו"ם ובין משתמשים המבקשים להשתמש במוצר תקשורת מוגמר (לרבות אותן תשומות יצרניות המנוהלות על ידי אקו"ם אשר כלולות בו), זאת, בלי שנידונה בהחלטה ההשפעה של התארגנות היוצרים במסגרת אקו"ם על שוק התשומות היצרניות כפי שהן נרכשות על ידי מפיקים של מוצרי תקשורת.

התשומות היצירתיות השונות הכלולות בו, והן ex-ante, על עצם תהליך הפקתו של מוצר התקשורת ורכישת הזכויות ו/או ההרשאות בו על ידי מפיק המוצר.

נוק קשור נוסף העלול להיות כרוך בפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מתייחס להשלכות שליליות על התמריץ של מפיק מוצר תקשורת מוגמר לפעול לפיתוח שווקים נוספים - משניים ונגזרים - למוצר התקשורת המקורי. כאשר מכלול זכויות הקניין הרוחני במוצר התקשורת המוגמר ובתשומות היצירתיות השונות המשולבות בו מצויות בידי מפיק מוצר התקשורת, או למפיק המוצר יש תמריץ לפעול למיצוי הפוטנציאל הכלכלי הטמון בשווקים משניים ונגזרים של מוצר התקשורת. מצב הדברים עשוי להיות שונה כאשר זכויות הקניין הרוחני בחלק מן התשומות היצירתיות, אשר משולבות במוצר התקשורת המוגמר, מצויות בידי אגודה לניהול משותף של זכויות. מצב דברים זה כרוך בחוסר ודאות מסוים בנוגע לתנאים שתציב אגודת ניהול הזכויות כתנאי להענקת רישיונות שימוש לצדדים שלישיים, הפועלים באותם שווקים נוספים. כמו כן זהו מצב דברים המתאפיין באותן עלויות עסקה הנלוות לקבלת הסכמת אגודת ניהול הזכויות לשיווק מוצר התקשורת המוגמר והפצתו באותם שווקים נוספים.

לסיכום, מטרתי כאן הייתה להראות כי לא ניתן להצדיק את פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות, המייצגות יוצרים ו/או מבצעים אשר סיפקו תשומה יצירתית המשולבת במוצר תקשורת מוגמר, על יסוד טיעון עלויות העסקה. בנסיבות כאלה דרך המלך, אשר מונעת מראש כשלים של עלויות עסקה, היא לרכז את מכלול הזכויות ו/או ההרשאות בתשומות היצירתיות השונות של מוצר התקשורת המוגמר בידי מפיק המוצר. נותרת אפוא השאלה, אם יש בנמצא צידוק אחר, אשר יכול לשמש כנימוק משכנע לפעילותן של אגודות לניהול משותף המייצגות יוצרים ו/או מבצעים המשמשים כספקי תשומות יצירתיות. בכך דן החלק הבא של המאמר, שינסה להדגים את תרומתן של אגודות לניהול משותף להשגת יעדים סקטוראליים-חלוקתיים.

#### ד. אגודות לניהול משותף - התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי

גימוק אחר, אשר עשוי להסביר את פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות, מתמקד בתפקיד האגודות כמכשיר להשגת יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים. לפי גימוק זה, הטעם המרכזי לפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות של ספקי תשומות יצירתיות נעוץ בהבניית מסגרת סקטוריאליית המקנה להברי האגודה מנוף ועמדת כוח לשינוי חלוקת עוגת ההטבות הכלכליות וזכויות הקניין, הנובעת ממוצר התקשורת המוגמר, לעומת החלוקה שהייתה מתבצעת באמצעות התקשוריות יחידניות בין כל המעורבים בתהליך הפקת מוצר התקשורת ובין מפיק מוצר התקשורת. החלק הבא של המאמר עוסק בשיקולי המדיניות השונים בעד ונגד השימוש באגודות לניהול משותף של זכויות כאמצעי להשגת יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים, ואולם, קודם לכן ברצוני לתאר ולהדגים את האופן שבו אגודות לניהול משותף מקדמות יעדים סקטוריאליים ויעדים חלוקתיים במציאות.

בנקודה זו הדברים חוזרים בראש ובראשונה לאותה מתכונת פעולה אשר תוארה בחלק ב לעיל, על פיה היוצרים מעניקים לאגודה כתב העברת זכויות גורף, גם בנוגע

ליצירותיהם העתידיות. החלת מתכונת פעולה זו על סקטורים שלמים של יוצרים ומבצעים מניבה דפוסי שוק המגבילים את הזכויות וההרשאות, אשר מפיקים יכולים לרכוש בנוגע לתשומות היצירתיות הכלולות במוצרי תקשורת שהם מפיקים.<sup>28</sup> עקב כך כל שימוש במוצר

28. ובהקשר זה, אכן ככל שהדין מגביל יותר את יכולתן של אגודות לניהול משותף של זכויות להעביר לידיהן את זכויות הקניין הרוחני של חברי האגודה, כך גם צפויה להיחלש יכולתן של האגודות לחייב צדדים שלישיים, המבקשים להשתמש במוצר תקשורת מוגמר, לקבל הרשאה ולשלם תמלוגים לאגודה המנהלת תשומות יצירתיות מהסוג המשולב באותו מוצר תקשורת. כך, לדוגמה, בהחלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין היתר זמני לפעילות אקו"ם (לעיל, הערה 3), סעיפים 2.2-2.5 לתנאי ההיתר הזמני, אקו"ם חויבה לאפשר לחבריה להעניק לצדדים שלישיים "רישיונות שימוש פרטניים, שלא באמצעות אקו"ם, לגבי כלל יצירותיו או חלקן", וזאת, בכפוף לכך, ש"הרישיון להענקת רישיונות פרטניים ניתן יהיה להעברה או להמחאה מהחבר לצדדים שלישיים כלשהם, אך ורק ככל שהוא נוגע לשימוש פרטני כלשהו"; ובכפוף לכך שהחבר ייתן הודעה מראש בכתב לפחות 14 יום לפני השימוש נושא הרישיון הפרטני (סעיפים 2.4-2.5 לתנאי ההיתר הזמני). כמו כן חויבה אקו"ם לאפשר לחבריה ליטול לעצמם חזרה זכות מזכויות היוצרים, "כולן או חלקן, לגבי איזה מבין סוגי יצירות, וזאת לגבי כלל המשתמשים או סוגים מסוימים שלהם" (סעיף 2.3 לתנאי ההיתר הזמני). ואולם גם כאשר דיני ההגבלים העסקיים נוטים לחייב אגודה לניהול משותף של זכויות לאפשר לחבריה להעניק רישיונות שימוש שלא באמצעות האגודה, עדיין צפוי להיות רב בידי האגודה כוח רב המאפשר לה להכתיב את דפוסי השוק מהסוג האמור בגוף הטקסט, הן משום, שכפי שהמקרה של תנאי ההיתר הזמני לפעילותה של אקו"ם מלמד, בהקשרים כאלה, מעורבותם של דיני ההגבלים העסקיים עשויה להיות חלקית בלבד. כך, על פי תנאי ההיתר הזמני האמורים, אקו"ם מחויבת לאפשר לחבריה אך ורק את הכוח להעניק רישיון פרטני, כאשר עבירות אותו רישיון לצדדים שלישיים מותנית בכך שהרישיון ייגע אך ורק לשימוש פרטני מסוים. המשמעות המעשית של מגבלות אלו היא כי ככל שהדברים נוגעים למתן רישיונות לצדדים שלישיים המשתמשים במוצר תקשורת מוגמר, לרבות התשומות היצירתיות השונות הכלולות בו, חבר אקו"ם לא יוכל להעניק למפיק מוצר התקשורת הרשאה כללית ובלתי מותנית להעניק לצדדים שלישיים רישיונות שימוש בתשומה היצירתית שהחבר אקו"ם מספק. כמו כן כאמור, תנאי ההיתר הזמני אינם מאפשרים לחבר אקו"ם להחזיר לעצמו את זכות היוצרים ביצירה פרטנית מסוימת, אלא הם מחייבים אותו להחזיר לעצמו את זכות היוצרים בנוגע לסוג מסוים של יצירות. המשמעות המעשית הנובעת מכך היא כי הלכה למעשה, ניצבת לפני היוצר חבר אקו"ם אך ורק אחת מבין שתי אפשרויות: (1) נטישה מוחלטת של היכולת להיעזר בשירותי אקו"ם בנוגע לסוג מסוים של יצירות, או (2) ויתור מלא על היכולת להקנות זכויות ו/או הרשאות, בנוגע ליצירה פרטנית מסוימת, כזו או אחרת, שלא באמצעות אקו"ם. כאשר זו חרב הפיפות הניצבת לפני יוצר חבר אקו"ם, יש להניח כי לפחות בחלק גדול מהמקרים, התלות באקו"ם בנוגע למספר רב של יצירות הנמנות עם סוג מסוים תגרום לכך, שבפועל יוצרים רבים יעדיפו להמשיך ולפעול על פי כתב העברת הזכויות הגורף בנוגע למכלול יצירותיהם (מסוג מסוים). הנקודה השנייה הנה כי אף לו הייתה ליוצרים, המיוצגים על ידי

התקשורת על ידי צד שלישי צפוי להיב קבלת הרשאה הן מבעל זכויות היוצרים במוצר התקשורת המוגמר (על פי רוב המפיק) והן מן האגודות השונות לניהול משותף של זכויות, אשר תשומות יצירתיות משל חבריהן משולבות במוצר התקשורת המוגמר. אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות מדרבנות ותומכות במבנה שוק המותיר בידי יוצרים ומבצעים כעין "זיקת הנאה מתמשכת" לתמלוגים המשולמים בגין השימוש במוצר התקשורת המוגמר על ידי צדדים שלישיים.

למתכונת פעילות זו של אגודות לניהול משותף של זכויות היבט חלוקתי ברור. זו שיטת פעולה המאפשרת ליוצרים חברי האגודה לקבל מצדדים שלישיים המשתמשים במוצר התקשורת המוגמר נתח מעוגת התמלוגים נוסף על התמורה הכספית שמשלם ליוצרים מפיק מוצר התקשורת.<sup>29</sup> בחלקה ארחיב בנוגע ליחסי הכוחות הלא שוויוניים אשר קיימים, לפחות בהקשרים מסוימים, בין יוצרים ומבצעים ובין תאגידי תקשורת ומפיקים. בהתייחס למקרים מסוג זה, פועלה של אגודת ניהול הזכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות הוא בעל מאפיינים סקטוריאליים ברורים. מטרת האגודה היא להגדיל את נתח "עוגת התמלוגים", אשר משולם לסקטור היוצרים שהיא מייצגת, אלא שבשונה מהתארגנויות סקטוריאליים אחרות, הדבר אינו נעשה בדרך הרגילה של ניהול משא ומתן יציג בין ארגון מטעם אותו סקטור יוצרים ובין מפיקים של מוצרי תקשורת.

ייחודה של אגודה לניהול משותף של זכויות טמון אפוא באופן שבו היא משתמשת בכלי הקנייני כדי לקדם את האינטרסים הכלכליים של הסקטור היצירתי שהיא מייצגת. העברת זכויות הקניין הרוחני מיוצרים או מבצעים לאגודה מקדמת את האינטרסים הכלכליים של אותם יוצרים או מבצעים משני היבטים מרכזיים: ראשית, מדובר במהלך המונע, ולמצער מכביד מאוד, את האפשרות שמפיקים ינצלו את עמדת הכוח שלהם כלפי יוצר או מבצע מסוים, כדי לגרום לאותו יוצר/מבצע לוותר על זכויותיו ו/או להעניק לצדדים שלישיים

אגודה לניהול משותף של זכויות, אפשרות כללית ובלתי מותנית להעניק רישיונות שימוש שלא באמצעות האגודה, עדיין כוח השוק של האגודה עשוי להיות כזה המאפשר לה להכתיב דפוסי שוק מהסוג המתואר בגוף הטקסט, לפחות ככל שהדברים נוגעים לנסיבות שבהן מדובר במערכת יחסים אל מול גוף העושה שימוש תדיר ושוטף בכמות ניכרת של מוצרי תקשורת אשר משלבים תשומות יצירתיות מהסוג המנוהל על ידי האגודה. יתרה מזו, כל עוד כלל ברירת המחדל קובע כי זכות הקניין הרוחני במכלול חומריו הקיימים והעתידיים של יוצר נתונה בידי אגודה לניהול משותף של זכויות, אזי האגודה צפויה ליהנות מן העדיפות הגלומה בכלל ברירת מחדל זה.

29. שאלה נפרדת היא אם הטלת העלות הנוספת שגובה האגודה על צד שלישי המשתמש במוצר התקשורת, תגולגל על ידי אותו צד שלישי אל מפיק מוצר התקשורת (באמצעות הפחתת שיעור התמורה המשולמת למפיק מוצר התקשורת), או לחלופין, תגולגל אל ציבור הצרכנים (באמצעות העלאת שיעור התמורה שגובה הצד השלישי מציבור הצרכנים שלו). נדמה כי התשובה על שאלות אלה תשתנה ממקרה למקרה בהתאם לתנאי השוק הרלוונטי, וכך גם האפשרות כי בנסיבות של גלגול העלות הנוספת אל מפיק מוצר התקשורת, יופחת שיעור התמורה שמשלם המפיק ליוצרים מתוך אותו סקטור שהאגודה מייצגת.

הרשאות, אשר עניינן שימוש בתשומה היצרית המשולבת במוצר התקשורת המוגמר.<sup>30</sup> שנית, נוצר אותו פיצול בין זכויות השימוש במוצר התקשורת המוגמר ובין זכויות השימוש בתשומה יצרית המשולבת בו, ובעקבותיו הכפפתם של צדדים שלישיים לצורך בקבלת הרשאה נוספת ומצטברת מאגודת ניהול הזכויות.<sup>31</sup> שתי דוגמאות ימחישו את הטיעון. הראשונה, מתייחסת לתל"י – חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ, והשנייה מתייחסת לדפוס פועלתה של אקו"ם בהקשר של כללי חלוקת התמלוגים בין מו"לים ובין מלחינים:

תל"י היא אגודה לניהול משותף של זכויות תסריטאים ובמאים ביצירות קולנועיות. תל"י הוקמה בשנת 1999 כדי לקדם את נושא תשלום התמלוגים לציבור התסריטאים והבמאים בגין ביצוע פומבי, ובפרט שידורי טלוויזיה, של יצירות אודיו-ויזואליות.

30. אפשר לתאר מתכונת פעילות זו של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצריות גם כניסיון להסדיר "בעיית פעולה משותפת" בין יוצרים הנמנים עם אותו סקטור. המונח "בעיית פעולה משותפת" מתייחס לנסיבות שבהן קבוצה של פרטים הם בעלי אינטרס עצמי משותף המצריך שיתוף פעולה ביניהם. הבעיה קיימת משום שבהיעדר תיאום ומנגנוני אכיפה חולמים, אותם פרטים יתקשו לתכור להשגת מטרותם המשותפת, בשל האינטרס הפרטי של כל אחד מהם והחשש שכל פרט ופרט יעדיף את טובתו הפרטית; או מה שעשוי להיות מתואר גם כ"דילמת אסיר" רבת משתתפים. ראו: Michael Taylor, *The Possibility of Cooperation* (1987) 14-15. בענייננו החשש הוא כי אף שליוצרים, הנמנים עם סקטור מסוים, יש אינטרס משותף להבטיח גמול מתמשך מן השימוש במוצר התקשורת המוגמר על ידי צדדים שלישיים, הרי כל אחד מהיוצרים עשוי לוותר על זכויותיו בתשומה היצרית כדי להבטיח את השתתפותו בהפקת מוצר תקשורת מסוים או מכל אינטרס פרטי אחר. העברה צופה פני עתיד של זכויות הקניין הרוחני שלהם לארגון ניהול משותף מטעמם מבטיחה כי אף אחד מבין היוצרים לא יוכל לפעול בהתאם לאינטרס הפרטי שלו ובניגוד לאינטרס המשותף שלהם.

31. אכן, לכאורה ניתן לטעון, כי כדי להגן הגנה נאותה על האינטרסים הכספיים של ספקי תשומות יצריות, די בכך שאגודת ניהול הזכויות תמלא את הפונקציה הראשונה, היינו העברת זכויות הקניין הרוחני לידי האגודה, ובהמשך לכך, ייצוג ספקי התשומות היצריות, החברים באגודה, במשאים ומתנים עם מפיקים של מוצרי תקשורת המבקשים לרכוש זכויות שימוש באותן תשומות יצריות. ככל שהדברים נוגעים למשטר הראוי מבחינת דיני ההגבלים העסקיים, זהו אכן פתרון המצדיק שקילה ובחינה. עם זאת יש לציין כי ככל שהדברים נוגעים לזווית הראייה הפרטנית של יוצרים ומבצעים – ספקי תשומות יצריות, ישנה עדיפות ברורה לכך שאגודת ניהול הזכויות תמלא גם את הפונקציה השנייה המוזכרת בגוף הטקסט – יצירת אותו פיצול זכויות בין זכויות השימוש במוצר התקשורת המוגמר ובין זכויות השימוש בתשומה יצרית המשולבת בו, ובעקבותיו הכפפתם של צדדים שלישיים לצורך בקבלת הרשאה נוספת ומצטברת מאגודת ניהול הזכויות. כעולה מן הנסקר בחלק ג של המאמר (וראו בפרט הערה 27 שם), מצב דברים זה מאפשר לספקי התשומות היצריות להגדיל ולמקסם את נתח עוגת התמלוגים המשתלם להם.

התסריטאי והבמאי נחשבים, לפחות לפי אחת העמדות המקובלות,<sup>32</sup> מחברים משותפים של יצירות מסוג זה. לפני הקמתה של תל"י, ציבור הבמאים לא היה מיוצג על ידי אגודה לניהול משותף כלשהי, ומשום כך הוא גם לא קיבל תמלוגים בגין שידורים ושידורים חוזרים של יצירות אודיו-ויזואליות, ואילו ציבור התסריטאים אמנם היה מיוצג, לפחות בחלקו, על ידי אקו"ם, אך בדרך כלל זכויותיו נוהלו כמקשה אחת וכחלק אינטגרלי מרישיונות גורפים לגופי שידור, אשר עסקו בניהול זכויותיהם של מלחינים ותמלילנים שייצגה אקו"ם. עם היווסדה כארגון המנהל את זכויות הביצוע הפומבי של תסריטאים ובמאים ביצירות אודיו-ויזואליות, הנהיגה תל"י את השימוש בכתב העברת זכויות גורף ועתידי מתסריטאים ומבמאים אליה כאגודה לניהול זכויות מטעמם. עקב זאת הלכה והתגבשה מציאות, אשר בה מפיקים מקומיים של יצירות אודיו-ויזואליות אינם יכולים עוד לרכוש זכויות ו/או הרשאות מלאות ביצירה האודיו-ויזואלית שהם מפיקים. תסריטאים ובמאים, החברים בתל"י, עומדים על כך, כי כל הסכם בינם ובין מפיק יהיה כפוף להוראות כתב העברת הזכויות הכללי והמוקדם יותר, אשר הוקנה לתל"י.<sup>33</sup> על כן מתגבש מבנה שוק

32. לדיון בשאלת המחברים והבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה אודיו-ויזואלית ראו: גרינמן (לעיל, הערה 4), בעמ' 236-243; יהושע ויסמן, "הבעל הראשון של זכות יוצרים", עיוני משפט יד (תשמ"ט) 29, בעמ' 46-47; ארנו בלום, זכות יוצרים (מ. ניומן, תשס"ז), בעמ' 43-44. ראו גם את ה"פ (ת"א) 1148/01 אקו"ם בע"מ נ' תל"י (טרם פורסם) (להלן: עניין אקו"ם), החלטה אשר הכירה בבמאי כאחד ממחבריה הראשונים של יצירה קולנועית, ולכן כאחד מן הבעלים הראשונים של זכות היוצרים ביצירה אודיו-ויזואלית. בכל הקשור לתסריטאי, יש להניח כי לפחות זכות היוצרים בתסריט עצמו, כתשומה המשולבת ביצירה האודיו-ויזואלית, תהא נתונה בידי. על כן, כך או כך, תידרש הרשאה מן התסריטאי כדי להשתמש ביצירה האודיו-ויזואלית המוגמרת לרבות התסריט הכלול בה. לאחר סיום כתיבתו של מאמר זה ניתן פסק דין נוסף, המכיר בבמאי כאחד ממחבריה הראשונים של יצירה קולנועית (ת"א (ת"א) 1419/01 תל"י נ' שידורי קשת בע"מ (טרם פורסם)). דיון מלא בפסק דין זה, לקביעות השונות הכוללות בו, חורג ממסגרת המאמר, אך מן הראוי לציין כי כעיקרון מדובר בעיגון נוסף של מעמד הבמאי כאחד ממחבריה והבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה קולנועית.

33. ראו, למשל, את העמוד הבא באתר איגודי הבמאים והתסריטאים בישראל: [URL: <http://film-e-good.org.il/frames.asp>]. עמוד זה הוא דוגמה אחת, מבין רבות, למחלוקות הניטשות בין במאים ותסריטאים ובין מפיקים בנושא זכויות הביצוע הפומבי של יצירות אודיו-ויזואליות, ולצורך זה הנחתה תל"י את חבריה כדלקמן: "לנוכח הרוחות הללו, אנו מזכירים לכל הבמאים והתסריטאים את החובה להכניס את סעיף תל"י לכל חוזה וחווה עליו הם חותמים. חשוב לזכור – ללא הכנסת סעיף זה היוצר אינו מוגן כראוי מגורמים המעוניינים לנכס את התמלוגים לעצמם. כמו כן חברת תל"י שבה ומבקשת מכל יוצר שעומד לפני תמימה לפנות אליה על מנת לוודא שזכויותיו מוגנות ובתל"י מבטיחים לתת מענה מהיר וסיוע משפטי בנושא הזכויות". להלן נוסח סעיף תל"י

המאפשר לתל"י לפנות לגופי שידור, בעיקר בתחום הטלוויזיה, בדרישה לשלם תמלוגים עבור שידור ("ביצוע פומבי") של יצירות אודיו-ויזואליות משל חבריה.<sup>34</sup> דוגמה נוספת לדפוס הפעולה של תל"י ניתן לראות בהצלחתם של איגודי התסריטאים והבמאים באחרונה,<sup>35</sup> להוסיף תנאי לתנאי ההשתתפות במכרז להענקת זיכיונות השידור של הערוץ השני, הקובע כי כל מציע יהיה חייב להצהיר כי הוא החל לנהל משא ומתן עם האגודות השונות לניהול משותף של זכויות, ובכלל זה גם עם תל"י, בנוגע לרכישת הזכויות והתשלום בגין השימוש ביצירות שמנהלת אותה אגודה בשידוריו העתידיים של הזכייין. תנאי נוסף בתנאי ההשתתפות במכרז קובע כי על כל מציע להתחייב בפני הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, כי הוא ימלא את הרשות הסכם בוררות, אשר עליו יחתום מראש, למקרה של מחלוקת בינו ובין אחת מן האגודות בעניין שיעור התמלוגים הראוי.<sup>36</sup>

שחייב להיות בכל חוזה של תסריטאי או במאי: "למרות האמור בכל מקום בהסכם זה, כל העברת זכויות ו/או מתן רשיון של התסריטאי/במאי על פי הסכם זה, כפופים ואינם חלים על זכויות הביצוע הפומבי וההשכרה שלו ביצירה או באיזה חלק ממנה, ושאותן העביר ו/או יעביר התסריטאי/הבמאי אל תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בע"מ ו/או אל כל ארגון זכויות יוצרים אחר."

34. ראו, גרינמן (לעיל, הערה 4), בעמ' 577 ובפרט הערת שוליים 8, המאזכרת את העובדה, כי הקמתה של תל"י לזוהי ועדיין מלווה במאבקים משפטיים לאכיפת זכויותיה כלפי צדדים שלישיים, בעיקר גופי שידור, לרבות תביעות משפטיות של תל"י נגד זכייני ערוץ 2 "קשת" ו"טלעד" (לעיל, הערה 31), תביעה שעניינה תשלום תמלוגים לבמאים, ונגד רשות השידור (ת"א (ת"א) 212220/02 תל"י נ' מדינת ישראל, שנדון בבית המשפט השלום), תביעה שעניינה תשלום לתסריטאים.

35. לתיאור חלקם של האיגודים במאבק ראו את הדיווח באתר איגוד הבמאים והתסריטאים: [URL: <http://www.film-e-good.org.il/frames.asp?MainUrl=/consultation/article.asp?ArticleID=1012>]. נקודה מעניינת בהקשר זה היא העובדה כי לצד תל"י, המשמשת כאגודה לניהול משותף של זכויות יוצרים מטעם תסריטאים ובמאים, המאבק הלוביסטי-פוליטי מצד תסריטאים ובמאים מתנהל באמצעות ארגונים סקטוריאליים יציגים המתמקדים במאבקים ציבוריים ובמאבקים להסכמי שכר עבודה. בהקשר זה לכאורה נשאלת השאלה, מדוע לא היה די בכך שבמאים ותסריטאים יבטיחו, במישור החוזי, באמצעות ארגונים סקטוריאליים מטעמם, תשלום תמלוגים מתמשך בגין שימושים שונים ביצירה האודיו-ויזואלית, ואולם לנוכח האמור בגוף הטקסט, ניתן להבין את הערך המוסף של פעולה באמצעות אגודה לניהול משותף של זכויות אשר פעילותה אינה מתמצה במישור החוזי-סקטוריאלי גרידא.

36. ראו סעיפים 1.44 ו-1.45 לדרך מידע למציע המהווה חלק מתנאי המכרז של הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו להענקת שני זיכיונות לערוץ השני. ניתן לצפייה באתר: [URL: [http://www.rashut2.org.il/news\\_inner.asp?catId=128&pgId=11968](http://www.rashut2.org.il/news_inner.asp?catId=128&pgId=11968)]. ובהקשר נוסף, תל"י הצליחה לפעול לסיכול הסכם עקרונית בין רשות השידור ובין איגוד המפיקים, אשר בו רשות השידור התחייבה להשתתף עם המפיק בזכויות היוצרים ביצירה המופקת (בהיקף של עד



ניתן אפוא לראות כי ריכוז זכויות הקניין הרוחני של ספקי תשומות יצירתיות בידי אגודה לניהול משותף של זכויות, משמש מנוף – בהקשר הנדון במישור הרגולטיבי – כדי להבטיח את האינטרסים הכספיים של אותו סקטור יצירתי שהאגודה מייצגת. אלמלא יצירת אותה מסגרת מוסדית, אשר בה זכויות הביצוע הפומבי של תסריטאים ובמאים מרוכזות בידי אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם, זכיינים פוטנציאלים של שידורי הערוץ השני היו יכולים לטעון, כי בכוונתם לרכוש את הזכויות ו/או ההרשאות, הנדרשות מתסריטאים ובמאים, באמצעות התקשרויות פרטניות עם אותם היוצרים, ומשום כך אין כל הצדקה לכפות עליהם, כחלק מתנאי המכרז, להתקשר בהסכם רישיון גורף עם אגודה לניהול משותף של זכויות מטעם אותם יוצרים, ואולם במבנה שוק, אשר דפוס הפעולה הכללי בו הוא שזכויות הביצוע הפומבי של תסריטאים ובמאים מרוכזים מלכתחילה בידי אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם, הרי הצד האחר [היחיד], אשר עמו יש לנהל משא ומתן, נהפך לאגודת ניהול הזכויות ולא תסריטאים ובמאים בודדים.

חשיבותה של תל"י, כדוגמה חיה לתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי אשר אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים ממלאות, נובעת בעיקר מן האפשרות להצביע על התרומה של הקמת האגודה ליכולתם של תסריטאים ובמאים להגדיל את חלקם ב"עוגת התמלוגים" הטמונה ביצירות אודיו-ויזואליות. תל"י היא גם דוגמה טובה לנסיבות שבהן טיעון עלויות העסקה הוא טיעון הלש ובלתי משכנע, משום שבשיטות משפט אחרות – הן באירופה<sup>37</sup> והן בארצות הברית<sup>38</sup> – זכויות היוצרים ביצירה האודיו-ויזואלית מרוכזות כיום בידי מפיק

30% כשהמפיק יהיה האחראי הבלעדי לקבלת הרשאות ותשלום התמורה הכספית לתסריטאים ולבמאים. ראו את הדיווח באתר YNET מיום 26.9.2004 ומיום 18.8.2004: [URL: http://www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-2982012,00.html]; [URL: http://www.ynet.co.il/articles/1,7340,L-2965394,00.html]

בהקשר זה יש להוסיף ולציין את סעיף 38 לחוק רשות השידור, תשכ"ה-1965, ס"ח 106, על פיו זכות היוצרים ביצירות המופקות על ידי רשות השידור או בהזמנתה, תהיינה נתונות לבעלותה של רשות השידור, אלא אם כן הוסכם אחרת בין הצדדים. סעיף 38 הוא "כלל הרקע", אשר על בסיסו הן ארגון המפיקים והן ארגוני התסריטאים והבמאים ביקשו כולם לשפר את מעמדם כלפי רשות השידור באמצעות משא ומתן סקטוריאלי, ובמידת האפשר קבלת חלק מעצם זכויות היוצרים ביצירה האודיו-ויזואלית תוך התניה על סעיף 38 לחוק רשות השידור.

37. ראו: Salokannel (לעיל, הערה 24), המלמדת כי במרבית מדינות אירופה קיימים, בחקיקת זכויות היוצרים, סעיפי חוקה בדבר העברת הזכויות ביצירה האודיו-ויזואלית מהמחברים השונים של היצירה לידי מפיק היצירה.

38. בארצות הברית, בהתאם לדוקטרינת ה-work made for hire שבסעיף 201(b) לחוק זכויות היוצרים הפדרלי האמריקני, כלל ברירת המחלף בנוגע ל"יצירה מוזמנת", המסווגת כ-work made for hire, הוא, כי זכות היוצרים נתונה בידי מזמין היצירה, אלא אם כן ישנו הסכם בכתב הקובע את ההפך והמעניק את הזכויות ליוצר ולא למזמין. סעיף 101 לחוק מוסיף

היצירה ולא בידי התסריטאי והבמאי או אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם. מצב דברים זה מחזק את הטענה, כי הקמתה של תל"י לא נועדה לפתור כשלים של עלויות עסקה ואכיפה בקבלת הרשאות מבמאים ותסריטאים, שכן על פי רוב, בכלכלת שוק, זכויות אלה אינן נותרות בידי הבמאי והתסריטאי, אלא הן מועברות לידי מפיק היצירה האודיו-ויזואלית.<sup>39</sup> להבדיל, הקמתה של תל"י הייתה מהלך סקטוריאלי עם מטרה ברורה: ליצור מסגרת מוסדית ומבנה שוק, אשר יאפשרו לבמאים ותסריטאים להותיר את זכויות הביצוע הפומבי בידיהם וכך להגדיל את שיעור התמלוגים המשולמים להם בגין השימושים השונים ביצירות אודיו-ויזואליות שהם השתתפו בהפקתן.

דוגמה נוספת לתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות מספקים אקו"ם וכללי חלוקת התמלוגים בין מלחינים ובין מו"לים. סוגיה זו מצריכה מילות רקע אחדות על הפרקטיקה הקיימת בתחום, ולאחר מכן אפנה להסביר את חשיבותה לענייננו. הנוהג בתעשיית המוזיקה הוא, כי לצד המלחין והתמלילן של היצירה המוזיקלית, ישנו גם מוציא לאור (מו"ל - publisher). היסטורית, תפקיד המוציא לאור היה לפרסם, להוציא לאור, להפיץ ולקדם מבחינה מסחרית את היצירות המוזיקליות שניהל. כך היה הדבר בעידן שקדם להתפתחות התקליט ואמצעי התקשורת המשודרת, כאשר יצירות היו מבוצעות בעיקר בפומבי מתוך ספרי תווים. המציאות המודרנית גרמה לשינוי במהות המוציא לאור ובתפקידו.<sup>40</sup> כיום, עיקר חברות ההוצאה לאור (מו"לות) הגדולות בתחום המוזיקה הן חברות אחיות או חברות בנות, מסונפות לחברות תקליטים גדולות. חברות מו"לות אלה משמשות, בין היתר, כאכסניה לריכוז זכויות היוצרים בלחן ובתמלילים של יצירות, אשר אמנים מבצעים הקליטו באותה חברת תקליטים. כחלק ממסגרת יחסים זו, חלוקת התמלוגים בין המו"ל ובין היוצר נעשית על פי הסיכום החוזי בין הצדדים, ואולם זכויות היוצרים ביצירה המוזיקלית מוחזקות בידי חברת המו"לות.<sup>41</sup> כפי שציין קרצ'מר (Kretschmer), כיום, לפחות בתחום המוזיקה, חברת

וקובע, כי תרומה ליצירה קולנועית או יצירה אורקולית תיחשב כ"יצירה מוזמנת" הנכללת בגדר הדוקטרינה.

39. ראו גם בלום (לעיל, הערה 32), בעמ' 43-44, ויסמן (לעיל, הערה 32), בעמ' 46-47, הכוללים אף הם התבטאויות דומות בדבר הפרקטיקה הנוהגת של העברת זכויות היוצרים, ולמצער הרשאות, מטעם הבמאי והתסריטאי לידי מפיק היצירה.

40. לסקירה וניתוח בהקשר זה ראו: Martin Kretschmer, "The Failure of Property Rules in Collective Administration: Rethinking Copyright Societies as Regulatory Instruments", *E.I.P.R.* (2002) 126.

41. בהקשר זה הניתוח ההיסטורי מראה, כיצד לאחר התפתחות אמצעי התקשורת המשודרת (בעיקר רדיו), חברות התקליטים עמדו על פוטנציאל הרווחים, הטמון במתן רישיונות גורפים וגביית תמלוגים בגין שידור (ביצוע פומבי) של יצירות מוזיקלית כפי שהן מוטבעות על גבי רשומות קול (תקליטים). השלב הבא היה שימוש בחברות מו"לות, הגשלות על ידי חברות תקליטים ותאגידי תקשורת, כאמצעי לרכישת זכויות היוצרים ביצירות המוזיקליות עצמן, וזאת כדי ליהנות מאותו מקור רווח נוסף המתופעל על ידי אגודות לניהול משותף של זכויות

המו"לות אינה "מוציאה לאור" דבר, אלא היא בעיקר "כלי פסיבי", הנשלט על ידי תאגיד תקשורת, ומטרתו ליהנות מן התמלוגים בגין ביצוע פומבי ושידור של יצירות מוזיקליות (לחנים ותמלילים) אשר זכויות היוצרים בהן נתונות בידי חברת המו"לות.<sup>42</sup>

החשוב לענייננו הוא, כי מתוקף זכויות היוצרים ביצירות המוזיקליות המוחזקות בידיהן, חברות מו"לות בתחום המוזיקה הן גם חברות באגודות לניהול משותף של זכויות מטעם מלחינים ותמלילים, כגון אקו"ם.<sup>43</sup> נתונים אף מראים כי חברות מו"לות, הנשלטות על ידי חברות תקליטים ותאגדי תקשורת, והחברות באגודות לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי (ביצירות המוזיקליות), עשויות להפיק עד כ-80% ממחזור הכספים הנכנס והיוצא של אותן האגודות.<sup>44</sup> בצומת דרכים זה ניתן לאתר דוגמה נוספת לתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי אשר אגודות לניהול משותף של זכויות ממלאות. לכאורה ניתן היה לצפות, כי חלקם של המו"לים בתמלוגים המשולמים בגין ביצוע פומבי של רפרטואר היצירות המוזיקליות שהם

ביצוע פומבי ביצירות מוזיקליות. אגודות אלה, אשר היסטורית הוקמו על ידי היוצרים (המלחינים והתמלילים עצמם) עוד בטרם המצאתו של התקליט והתפתחות אמצעי התקשורת המשודרת, לא יכלו למנוע באופן מלא את מהלך הקמתן של חברות המו"לות. ראו: Richard E. Caves, *Creative Industries* (2000) 310-311.

42. (לעיל, הערה 40), בעמ' 128.

43. לסקירה בנושא זה ראו, ההלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אקו"ם (לעיל, הערה 12), בעמ' 3-4. ראו גם תקנון אקו"ם (עותק שמור במערכת) - סעיפים 1.1 ו-8.2 לתקנון המגדירים מיהו "מוציא לאור" והקובעים את תנאי הסף לקבלתו כחבר באקו"ם.

44. ראו: Wilfred Dolfsma, "How Will the Music Industry Weather the Globalization Storm?", *First Monday* (2000) 5, ראו, גם: Katz (לעיל הערה 22), בעמודים 26-27; המביא נתונים נוספים לכך שעיקר הרפרטואר, המיוצג על ידי אגודות לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי ביצירות מוזיקליות, נתון בבעלות חברות מו"לות הנשלטות על ידי ה-Majors - חמש חברות התקליטים הגדולות בעולם (כשבאחרונה, עקב המיזוג בין חברת BMG ובין חברת Sony, מדובר בעצם בארבע ה-Majors). ראו את הדיווח של נציבות הקהילייה האירופית אשר לא התנגדה למיזוג: [URL: <http://europa.eu.int/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/04/959&format=HTML&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>].

עובדות אלה, כשהן לעצמן, מלמדות גם על תולשתו הכללית של טיעון עלויות העסקה בהקשר הנדון: כאשר מרבית זכויות הביצוע הפומבי בלחנים ותמלילים נתונות בידי קומץ קטן של חברות הוצאה לאור, או לפחות על פני הדברים תיתכן התקשרות ישירה בין אותן חברות מו"לות, המחזיקות בנתח שוק ניכר, ובין משתמשים. על אחת כמה וכמה זהו מצב הדברים כאשר המשתמש ממילא נדרש להתקשר בהסכם עם חברת התקליטים, או אגודה לניהול זכויות מטעמה, בדבר זכויות השימוש ברשומת הקול עצמה. כמצב דברים זה, כאשר חברת התקליטים היא גם זו השולטת בחברת המו"לות, או לכאורה דרך המלך הייתה אמורה להיות התקשרות אחת ויחידה עם חברת התקליטים, ולמצער עם אגודה לניהול זכויות מטעמה, הן בנוגע לזכויות הביצוע הפומבי בתקליט והן בנוגע לזכויות הביצוע הפומבי ביצירה המוזיקלית אשר ממילא נתונות בידי חברת המו"לות שבשליטת חברת התקליטים.

מחזיקים יהיה ביחס ישר לחלקם בזכויות היוצרים של אותן היצירות. דא עקא, שבנקודה זו אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים, ובכלל זה גם אקו"ם, אוכפות כללי חלוקת תמלוגים, בלתי ניתנים להתנאה, בין המו"ל ובין המחברים עצמם (המלחין והתמלילן): הכלל הנוהג בעולם, וכך גם בישראל, הוא כי לכל הפחות 50% מן התמלוגים בגין ביצוע פומבי של יצירה מוזיקלית, ישולמו על ידי אגודת ניהול הזכויות ישירות לידי מחברי היצירה, בלא שום תלות במערכת היחסים החוזית בין המחברים ובין חברת המו"לות, ואף אם על פי מערכת יחסים חוזית זו, המחברים העבירו לידי חברת המו"לות נתח גדול יותר מזכויות היוצרים שלהם ביצירה המוגנת.<sup>45</sup> ודוקו: המקור לכלל האמור מצוי בתקנון האגודה לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי,<sup>46</sup> אשר מייצגת מלחינים ותמלילנים, ואשר המו"לים נדרשים להצטרף לשורותיה כדי לקבל את חלקם בעוגת התמלוגים ממתן רישיונות גורפים לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות.<sup>47</sup> התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של האגודה בא לידי ביטוי בכך שהיא אוכפת כלל המבקש להבטיח כי בלא כל תלות במערכת יחסים חוזית פרטנית, כוו או אחרת, לכל הפחות 50% מהתמלוגים יגיעו לידי היוצרים המקוריים עצמם.<sup>48</sup> מטרתו בחלק הבא של המאמר היא לבחון את השיקולים

45. ראו: Caves (לעיל, הערה 41), וכן: William M. Krasilowsky, *The Business of Music* (2000) 91 – *The Definitive Guide to the Music Industry*.

46. כשזהו גם הכלל הקבוע בסעיף 55.1(ו) לתקנון אקו"ם (עותק שמור במערכת). בנוסף, תקנון האגודה מנוסח בדרך כלל במתכונת המונעת אפשרות שייווצר רוב למו"לים, באופן שישנה את כלל החלוקה האמור, גם אם מרבית הרפרטואר המוזיקלי מוחזק בידיהם. כך, לדוגמה, סעיף 30 לתקנון אקו"ם קובע כי הרכב הדירקטוריון יהיה כזה שמבין שבעת חברי הדירקטוריון, רק אחד יהיה מו"ל. בנוסף, מאחר שלכל מו"ל מוקצית מניה אחת בלבד, בדיוק כהקצאה לכל יוצר בודד, הרי באספה הכללית יוצרים צפויים ליהנות מכוח הצבעה ניכר הרבה יותר מזה של מו"לים, בלא שום קשר להיקף הרפרטואר שמחזיק המו"ל.

47. ואכן בהקשר זה, כפי ש-Kretschmer (לעיל, הערה 40), מציין, אגודות לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי ביצירות מוזיקליות מוצאות את עצמן פוסעות על חבל דק, שכן נתח הרפרטואר הכולל וגדל, המוחזק בידי חברות מו"לות, מציב חשש ממשי, כי אלה האחרונות תעדפנה לנהל את זכויות הביצוע הפומבי שלהן ביצירות המוזיקליות באופן עצמאי ולא באמצעות האגודה מטעם היוצרים, ואולם גם בהקשר זה, כל עוד זכות הביצוע הפומבי נתונה בבעלות האגודה, מכוח אותו כתב העברת זכויות גורף ועתידי אשר היוצר הקנה לה, הרי לחברת המו"לות לא יכולה להיות אלא "זכות מסדר שני", הכפופה לזכות הביצוע הפומבי שהועברה לאגודה. משום כך, כדי ליהנות מחלקו בתמלוגים הנגבים בגין רישיונות גורפים לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות, המוציא לאור אינו יכול אלא לפעול באמצעות ארגון ניהול הזכויות מטעם היוצרים, כשמהלך כאמור מחייב אותו להצטרף כחבר באגודה ולהיות כפוף לכלליה, לרבות כלל ה-50%-50.

48. דוגמה נוספת, מתחום תעשיית המוזיקה, היא הדרישה מחברות תקליטים לקבל רישיון גורף מאגודה לניהול משותף של זכויות ביצירות מוזיקליות (לחנים ותמלילים) כדי להפיק עותקים מתקליט – פעולה של העתקה ושעתוק היצירה המוזיקלית. חברת התקליטים משלמת לאגודת

השונים בעד ונגד השימוש באגודות לניהול משותף של זכויות כאמצעי להשגת יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים. כפי שנראה מיד, כאשר נעים מן המישור התיאורי אל המישור הנורמטיבי, תמונת המצב נהפכת למורכבת יותר משום שישנם גם שיקולים כבדי משקל אשר מצביעים על החסרונות והנוקים הכרוכים במתכונת פעולה זו.

### ה. הערכת התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי

מטיתי בחלק זה של המאמר היא לבחון את שיקולי המדיניות השונים בעד ונגד השימוש באגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצרניות, כאמצעי להשגת יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים. הסעיף הראשון להלן יתמקד בשיקולי מדיניות התומכים בקידום יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים באמצעות השימוש באגודות לניהול משותף של זכויות. הסעיף השני יתמקד בשיקולי הנגד הקיימים בהקשר זה.

#### 1. שיקולי מדיניות תומכים

סעיף זה מתמקד בשיקולים המרכזיים אשר תומכים בקידום יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים באמצעות השימוש באגודות לניהול משותף של זכויות. ראשיתו בניסיון לעמוד על אותם

ניהול הזכויות תמלוגים הנגזרים באחוזים מכל תקליט שנמכר. כאשר מדובר בתקליטים של אמנים מבצעים המחברים בעצמם את היצירות המוזיקליות - מצב דברים מקובל למדי במסיקה הקלה בימינו - אוי המשמעות היא, כי באמצעות אגודת ניהול הזכויות, אותו אמן (מבצע) מבטיח לעצמו מקור הכנסה נוסף בגין מכירת עותקים מהתקליט. מקור הכנסה זה הוא מקור נפרד ומצטבר לתמורה המשתלמת על פי החוזה שבין האמן ובין חברת התקליטים. טלו לדוגמה את המקרה השכיח שבו החוזה בין אמן פלוני ובין חברת תקליטים קובע כי פלוני יזכה באחוז מסוים מתמורת כל עותק נמכר, ובלבד שכבר כוסו עלויות ההפקה של התקליט. במצב דברים זה, העובדה שחברת התקליטים נדרשת לקבל מאגודת ניהול הזכויות רישיון גורף לשם הקלטת עותקים של יצירות מוזיקליות והפקתן, לרבות יצירותיו של פלוני עצמו, גורמת לכך שבאמצעות אגודת ניהול הזכויות, פלוני יזכה לתמלוגים נוספים, עבור כל עותק שנמכר כבר מן העותק הראשון. זהו למעשה מקור הכנסה נוסף על ההכנסות הישירות של פלוני מחברת התקליטים (כשלמעשה גם בהקשר זה, בעקיפין, מדובר בכספים שמשלמת חברת התקליטים עצמה לידי פלוני). לכאורה, דרך המלך היעילה יותר הייתה, כי אמן מבצע, המחבר את יצירותיו המוזיקליות, ואשר ממילא קשור בחוזה עם חברת תקליטים המקליטה מיצירותיו, יעניק לחברת התקליטים הרשאה גם בנוגע לפעילות ההפקה והעיתקה העותקים מיצירותיו המוזיקליות (כפי שהן מוקלטות על גבי התקליט שבביצועו), ואולם גם בהקשר זה, פעילותן של אגודות לניהול משותף מנתבת את השוק למבנה מוסדי המשפר את הגמול הכספי המשולם לידי יוצרים המיוצגים על ידיהן: העברה גורפת ועתידית של זכויות ההפקה והשעווק, לידי אגודה לניהול משותף של זכויות מטעם מחברים של יצירות מוזיקליות, משמשת כאמצעי להבטיח ליוצר מקור הכנסה נוסף אשר אינו תלוי במערכת היחסים החוויות הפרטנית בינו ובין חברת התקליטים.

מאפיינים של שוק תקשורת מסחרי, אשר בעטיים, במקרים רבים, מערכת היחסים בין יוצרים ומבצעים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת מלווה ביחסי כוחות לא שוויוניים, ובעקבותיהם בעמדת נחיתות משמעותית מצד יוצרים ומבצעים המשמשים כספקי תשומות יצירתיות. בהמשך אפתח את הטיעון, כי בשל יחסי כוחות לא שוויוניים אלה, על המשפט להפנים שיקולים של צדק, הגינות ושיקילות, המיועדים לקדם חלוקה הוגנת ויחסית של ההטבות הכלכליות, הטמונות במוצר תקשורת מוגמר, בין מכלול הגורמים השונים אשר השתתפו בהפקתו. זוהי אחת ההצדקות לתמיכה בפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות. לאחר מכן אתמודד עם טיעון נגד, הגורס שעצם ההכרה בחשיבות הצורך לקדם חלוקה הוגנת של ההטבות הכלכליות, הטמונות במוצר תקשורת מוגמר, אין בה, כשהיא לעצמה, כדי להצדיק פעילות במתכונת קניינית (כובלת) מהסוג שמקיימות אגודות לניהול משותף של זכויות. בהמשך אציג נימוק תומך נוסף, אשר מתמקד בתרומתן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות, לקיומו של שוק תקשורת מבוזר וכן להשגת משטר של איזונים ובלמים בתחום הביטוי היצירה.

#### (א) עמדת הנחיתות של ספקי תשומות יצירתיות

הגם שישנם רק מעט ממצאים אמפיריים בנושא פערי הכוחות בין יוצרים ספקי תשומות יצירתיות ובין מפיקים ותאגידי תקשורת,<sup>49</sup> ספרות מחקרית מתחום ה-cultural economics, מציגה כמה שיקולים ונתונים המלמדים כי לפחות בהקשרים מסוימים, יחסי הכוחות בין יוצרים ומבצעים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת צפויים להיות מאופיינים בעמדת נחיתות מצד יוצרים ומבצעים. דיוננו בנושא זה מצריך הבחנה מקדמית אחת והיא ההבחנה בין מרבית היוצרים והמבצעים ובין קטגוריה מצומצמת מאוד בהיקפה של יוצרים

אכן, כלל ה-50%-50%, הנסקר בגוף הטקסט, וכך גם הדוגמה המובאת בהערה זו, עשויים להיעקף חלקית באמצעות התניות חוזיות נוספות בין היוצר ובין חברת התקליטים (לדוגמה, נסיבות שבהן היוצר נדרש להעביר לחברת התקליטים נתח מהתמלוגים שהוא מקבל מאגודת ניהול הזכויות), ואולם עדיין, לכלל ברירת המחל, המוכתב על ידי תקנון האגודה, כמו גם לעובדה שכעת חברת התקליטים נדרשת לפנות ליוצר ולדרוש ממנו (ולא מן האגודה) את אותו תשלום נוסף, צפויה להיות משמעות והשיבות, הן מבחינת חובת גילוי המידע כלפי היוצר, המוטלת כעת על חברת התקליטים, והן בשל העובדה שכעת, כל שיש בידי חברת התקליטים הוא זכות חוזית בעוד הזכות הקניינית מוחזקת בידי היוצר. לעניין ההיבט הראשון ראו: למשל: Ian Ayres and Robert Gertner, "Filling Gaps in Incomplete Contracts: an Economic Theory of Default Rules", 99 *Yale L. J.* (1989) 87; Ian Ayres and Robert Gertner, "Strategic Contractual Inefficiency and the Optimal Choice of Legal Rules", 101 *Yale L. J.* (1992) 729.

49. ראו: Ruth Towse, "Copyright Policy, Cultural Policy and Support for Artists", *The Economics of Copyright: Development in Research and Analysis* (Wendy J. Gordon and Richard Watts — eds., 2003) 66, 68-69, 77.

ומבצעים הניתנים לסיווג כ-"כוכבי על" – superstars. שורה של מחקרים<sup>50</sup> מלמדים כי בתחום תעשיית הבידור והיצירה, קומץ קטן של יצירות, מבצעים ויוצרים נוטים לגרוף את עיקר הפופולריות, ביקוש הקהל וההצלחה הכספית. וזאת בין היתר בשל החצנות מידע ובשל אופיים של מוצרי תקשורת כ"מוצרים סולידריים", אשר הנאתנו מהם נובעת, במידה רבה, מן העובדה, כי אנשים אחרים צורכים אותם.<sup>51</sup> לפיכך, מספר מצומצם יחסית של "כוכבי על", הנהנים מתמורה כספית ומתמלוגים בשיעורים ניכרים נמצאים בעמדת מיקוח מועדפת. ואולם, בעוד זהו החריג והיוצא מן הכלל, יתר היוצרים והמבצעים, אשר אינם נמנים עם אותה קטגוריה של "כוכבי על", נוטים לסבול מעמדת נחיתות במערכת היחסים בינם ובין מפיקים ותאגידי תקשורת.<sup>52</sup> שורה של שיקולים ונימוקים למצב זה, אשר פותחו במחקרה של Ruth Towse,<sup>53</sup> מפורטים להלן: (א) לעומת פירמות, יוצרים ומבצעים בודדים אינם בעלי גישות דומה לאפיקי מימון (כגון שוק ההון) ומשום כך הם נדרשים להתקשר עם תאגיד לשם הפצת יצירותיהם; (ב) בשל עתודות הכספים המוגבלות העומדות לרשותם, ליוצרים ולמבצעים ישנו "חלון זמן" קצר הרבה יותר מזה של מפיקים ותאגידי תקשורת, למכירת תשומותיהם היצירתיות, ולכן עמדת המשא ומתן שלהם נחותה לעומת מפיקים ופירמות; (ג) שלא כתאגידי תקשורת, אשר מנהלים רפרטואר מקיף יחסית של מוצרי תקשורת, באופן המאפשר להם לפזר סיכון בין מוצרי התקשורת השונים אגב

50. ראו: Gunther. G. Schulze, "Superstars": A Handbook of Cultural Economics (2003) 431-436; Sherwin Rosen, "The Economics of Superstars", 71 *American Economics Association* (1981) 845; William Hamlen, "Supersardom in Popular Music: Empirical Evidence", 73 *Review of Economics and Statistics* (1991) 729. ראו גם: Robert H. Frank and Philip J. Cook, *The Winner-Take-All Society* (1995) 189-209.
51. ראו: Caves (לעיל, הערה 41), בעמ' 178-182. ראו גם: Davis Hirschleifer and Ivo Welch, "A Theory of Fads, Fashion, Custom, and Cultural Change as Informational Cascades", 100 *J. Pol. Econ.* (2000) 992, pp. 992-1026; Leo Bogart, *Commercial Culture: The Media System and the Public Interest* (1995) 221-224.
52. ראו, למשל: John M. Kernochan, "Ownership and Control of Intellectual Property Rights in Audiovisual Works: Contracts and Practice – Report to the ALAI Congress, Paris September 20, 1995", 20 *Colum.-VLA J. L. & Arts* (1996) 359. בהתבסס על שאלון אשר הופץ במדינות שונות, את מערכת היחסים בין ספקי תשומות יצירתיות ליצירה אודיו-ויזואלית ובין מפיק היצירה. מסקנתו היא, כי למעט אותה קטגוריה של "כוכבי על" בודדים, למרבית היוצרים והמבצעים ישנם יחסי כוחות בלתי שוויוניים, אשר הדרך המרכזית להפגתם היא התארגנות קולקטיבית, כזו או אחרת, מצד הסקטורים היצירתיים השונים.
53. ראו: Towse (לעיל, הערה 49), בעמ' 69-74. ראו גם: Ruth Towse, *Creative, Incentive and Reward – An Economic Analysis of Copyright and Culture in the Information Age* (2001) 114-137.

"סבסוד צולב"<sup>54</sup> יוצרים ומבצעים בודדים מחזיקים במספר מוגבל של תשומות יצירתיות משל עצמם. מצב דברים זה אף הוא מגדיל את דרגת חוסר הוודאות, אשר יוצרים ומבצעים סובלים ממנה, ולפיכך את התלות שלהם במממנים חיצוניים; (ד) איסימטריה נוספת נוגעת לפערי המידע שבין יוצרים ומבצעים בודדים ובין מפיקים ותאגדי תקשורת, באשר לתנאיו של השוק, לערך הכלכלי של מוצר התקשורת המוגמר ולשווקים הפוטנציאליים שלו; (ה) כאשר מדובר במוצרי תקשורת מורכבים ורבי משתתפים כגון סרט קולנוע, או הפקות מוזיקליות, מרבית התשומות היצירתיות של אותם מוצרי תקשורת הן בנות החלפה במידה רבה. לעומת זאת, היצע העבודה (קרי, הביקוש לתשומות יצירתיות) בשוק הרלוונטי עשוי להיות מצומצם הרבה יותר.

מלבד נימוקים כלליים אלה,<sup>55</sup> ישנו נתון מרכזי נוסף אשר צפוי להשפיע על עמדת הנחיתות של מרבית ספקי התשומות היצירתיות. נתון זה מתייחס לדרגת הריכוזיות של שוק תקשורת מסוים, ולמספרם של גופי התקשורת אשר עשויים לשמש הן כצרכנים של תשומות יצירתיות והן כערוצי הפצה וגישה לקהל של יצירות ותכנים של יוצרים ומבצעים. במציאות, שוקי תקשורת מסחריים נוטים להתאפיין בדרגת ריכוזיות גבוהה. טעם אחד לכך נעוץ במאפייניו הכלכליים של שוק התקשורת, אשר מטמם את השוק כלפי דרגה גבוהה

54. עקב אופיו של שוק התקשורת כשוק עתיר סיכון, מספר מוצרי יחסית של מוצרי תקשורת "שוברי קופות" אמורים לכסות את הפסד ההשקעה במספר גדול יחסית של מוצרי תקשורת אשר לא זכו להצלחה ואף לא הצליחו לכסות את העלויות הקבועות הכרוכות בהפקתם.

55. בכמה מקרים שנדונו באנגליה, בקשר ליחסי כוחות לא שוויוניים בין מפיקים ומוציאים לאור מתחום המוזיקה ובין אמנים, ובפרט אמנים שנמצאו בתחילת דרכם, הובילה עמדת הנחיתות של האמנים להתמתחם על חוזים ארוכי טווח חד-צדדיים, אשר כללו העברה גורפת של זכויות היוצרים לידי המפיקים והמוציאים לאור. ראו: *Macaulay v. Schroeder* publishing (1974) 1 WLR 1308 HL(E); *O'Sullivan v Management Agency and Music Ltd.* (1985) QB 428 CA; *Elton John v. DJM 1* (1993) EMLR 61 CA Huge Laddie, Peter Prescott and Marry Victoria, *The Modern Law of Copyright and Designs* (2000) 896-900; J. H. W. Combe, "Fairness Versus Certainty — Pop Goes the Music Contract" *E.I.P.R.* 9 (1987) 187; J. Tatt, "Music Publishing and Recording Contracts in Perspective", 9 *E.I.P.R.* (1987) 132

אמנם מן הראוי להיזהר מלהסיק מסקנות כלליות מכמה פסקי דין בודדים ומקרים פרטניים אשר הובאו לפני בתי המשפט, ואולם הם חושפים לעין הציבור את הפרקטיקה הנוהגת בתעשיית המוזיקה העולמית, כפי שפרקטיקה זו מבוססת על קווי מתאר קבועים למדי בכל הנוגע למערכת היחסים שבין חברות תקליטים ומו"לים ובין אמנים מבצעים, ובפרט אלה בתחילת דרכם. גם בדין הישראלי ישנה פסיקה המלמדת על נסיבות שבהן אמן מבצע העביר למו"ל, באופן גורף, את זכויותיו ברפרטואר יצירותיו, ואולם עובדות המקרה הן כאלה אשר יש להיזהר מלנסות ולהסיק מהן מסקנות כלליות, לכאן או לכאן, בשאלת יחסי הכוחות שבין אמנים מבצעים ובין חברות תקליטים (ראו, ה"פ (ת"א) 133/02 חנוך נ' אפנת הוצאה לאור בע"מ (טרם פורסם)).



של ריכוזיות ומספר מועט של "שחקנים", ובכלל זה, המאפיינים האלה: יתרונות לגודל ולהיקף, עלויות קבועות ניכרות, הסיכון וחוסר הוודאות הנלווים למוצרי תקשורת כ"מוצרי התנסות" (experience goods), ותלות במפרסמים המדרבנת פנייה לקהלים רחבים.<sup>56</sup> הטעם השני לדרגת הריכוזיות הגבוהה נובע מרגולציה שלטונית, אשר מגבילה באופן מלאכותי את מספר השחקנים הפעילים בסוגים מסוימים של אמצעי תקשורת משודרת.<sup>57</sup> הנקודה החשובה לענייננו היא, כי בשוק תקשורת ריכוזי יוצרים ומבצעים צפויים לסבול מעמדת נחיתות, הגזרת במישרין מגורמים אלה: (1) הפער בין היצע גדול של ספקי תשומות יצירתיות פוטנציאליות – חלקן הגדול בנות החלפה, ובין ביקוש מוגבל לאותן תשומות על ידי אותו קומץ מועט של תאגידי תקשורת השולטים בשוק; (2) העובדה שפרנסתם של יוצרים ומבצעים, כמו גם המוניטין שלהם, מושפעת במישרין מיכולת גישה וחשיפה לקהל, והתלות שלהם בתאגידי תקשורת המשמשים כ"שומרי סף" ואפיק גישה הכרחי לתשומת לב קהל אפקטיבית.<sup>58</sup>

עד כאן סקירה תמציתית של נימוקים המסבירים את נטייתם של שוקי תקשורת מסחריים להיות מאופיינים ביחסי כוחות לא שוויוניים בין יוצרים ומבצעים בודדים, ספקי תשומות יצירתיות, ובין מפיקים ותאגידי תקשורת מסחריים. המשמעות המעשית הנובעת מכך הנה

56. לפירוט הנימוקים השונים וסקירת הספרות בסוגיה זו ראו: Pessach (לעיל, הערה 8), בעמ' 1087-1092.

57. כך, לדוגמה, בדין הישראלי, חוק רשות השידור, חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, תש"ן-1990, ס"ח 59 וחוק התקשורת (בוק ושידורים), תשמ"ב-1982, ס"ח 218, מגבילים את מספר השחקנים (גופי השידור) שיכולים לפעול בתחום התקשורת המשודרת. לפיכך חלק ניכר מספקי התשומות היצירתיות בתחום הטלוויזיה, אשר אינם בגדר "כוכבי על" (כגון תסריטאים, במאים, שחקנים), עלולים לסבול מעמדת נחיתות במסגרת משאים ומתנים חוזיים עם מפיקים וגופי שידור, בשל הביקוש המוגבל לתשומות יצירתיות. בהקשר של הדין הישראלי, חוסר השוויון ביחסי הכוחות אף עלול להתמיר משום שעקב חובת הפקות מקור הקבועה בחוקים האמורים לעיל, מספר ניכר של הפקות מקומיות בתחום הקולנוע והטלוויזיה מרוכזות אף הן בידי אותם גופי שידור, או חברות הפקה מטעמם, ומכאן מעמדם כספקי עבודה מרכזיים בתחום (ראו, למשל, את סעיפים 16 ו-16א לחוק התקשורת (בוק ושידורים)).

58. על כך יש להוסיף כי ככל שגדלה דרגת האינטגרציה האנכית בין רובד ההפצה ובין רובד הפקת התכנים, כך גם תלך ותגדל דרגת התלות, ובעקבותיה יגדלו הפערים ביחסי הכוחות, בין יוצרים ומבצעים – ספקי תשומות יצירתיות, ובין מפיקים ותאגידי תקשורת העוסקים הן בהפקה והן בהפצה של מוצרי תקשורת מוגמרים. זוהי, יש לציין, המגמה השלטת כיום בשוקי התקשורת והיא שלטת גם בשוק הישראלי. ראו: Diane Crane, *The Production of Culture*; Ben H. Bagdikian, *The Media Monopoly Media and the Urban Arts* (1992) 49-75; (2000). ראו גם, ירון אזרחי, זוהר גושן ושמואל לשם, בעלות צולבת – שליטה ותחרות בשוק התקשורת הישראלי (המכון הישראלי לדמוקרטיה, תשס"ג), 15-16.

כי לפחות בחלק מהמקרים, מערכות יחסים חוזיות פרטניות בין יוצרים ומבצעים בודדים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת לא יעניקו ליוצרים ולמבצעים נתח הוגן וראוי מעוגת התמלוגים ארוכת הטווח הטמונה במוצר התקשורת המוגמר. הסעיף הבא ינסה לבחון את ההשלכות המתחייבות מכך כאשר עוברים מן המישור התיאורי אל המישור הנורמטיבי.

### (ב) מעמדם של שיקולי צדק והגינות

עד נקודה זו עמד המאמר על עמדת הנהיגות, אשר יוצרים ומבצעים רבים עלולים לסבול ממנה. חלק ד למאמר גם תיאר את התפקיד, אשר אגודות לניהול משותף של זכויות ממלאות בהגדלת נתח התמלוגים המשולם לספקי תשומות יצירתיות המיוצגים על ידי האגודות. משמעות הדברים הנה, כי כאשר בוחנים את לגיטימיות השימוש באגודות לניהול משותף של זכויות, צפויה להיות חשיבות רבה למעמדם של שיקולי צדק והגינות בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצרי תקשורת. באותם מקרים, אשר בהם שמטנו את הקרקע תחת כוח השכנוע של טיעון עלויות העסקה, מתן תוקף לפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות, משיקולים סקטוריאליים-חלוקתיים, אינו יכול להיעשות אלא בכפוף לביסוסו של טיעון התומך במעמדם של שיקולי צדק, הגינות ושקילות בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצרי תקשורת, שכן זהו, הלכה למעשה, היעד אשר אגודות לניהול משותף מבקשות להשיג. מטרתו בחלק זה של המאמר היא לבסס טיעון, על פיו יש מקום להפנים שיקולי צדק והגינות כחלק ממעטפת הכללים המשפטיים אשר חולשת ומקרינה על מערכת היחסים שבין יוצרים ומבצעים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת. מדוע אפוא יש לקדם חלוקה צודקת והוגנת של עוגת ההטבות הכלכליות, הטמונה במוצר תקשורת מוגמר, בין כל מי שנטלו חלק בהפקתו? גישה שכזו צפויה לקבל השראה, בראש ובראשונה, מתפיסה ערכית כללית הגורסת, כי גם התקשרויות חוזיות, המבוצעות כחלק מכלכלת השוק ההופשי, אמורות להפנים יסוד של הגינות ושקילות.<sup>59</sup> בנוסף, גישה שכזו עשויה להיות מבוססת גם על דרישה להפנים יסוד של "צדק חלוקתי פריטיקולרי" בהקצאת עוגת ההטבות הכלכליות, הטמונה במוצר תקשורת מוגמר לשימושו השונים, ברוח הטיעון הבא:

ההבנה השגורה של המונח "צדק חלוקתי" מתמקדת בהעמדת יעד כללי של הקצאת משאבים ציבוריים על בסיס אמות מידה של שוויון מהותי, ובמידת הצורך חלוקה מחדש של משאבים כדי לתקן פערים חלוקתיים בלתי ראויים.<sup>60</sup> כחלק ממגמה זו, בית המשפט העליון בארץ אף הכיר בחשיבות הערך של צדק חלוקתי כערך העוסק ב"חלוקה החברתית

59. דיון בסוגיה זו, ובספרות העשירה והענפה הדנה בה, חורגים ממסגרת המאמר, להרחבה ראו איל זמיר, פירוש והשלמה של חוזים (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשנ"ו), 89-100, הכולל סקירה וניתוח ביקורתי של הספרות המרכזית הדנה במעמדם של שיקולי צדק, הגינות ושקילות בדיני חוזים.

60. בהקשר זה קיימת ספרות פילוסופית, פוליטית ומשפטית עצומה, אשר קצרה היריעה מלסקור. לסקירה תמציתית של תיאוריות צדק חלוקתי, ראו: Bernard Cullen, "Philosophical Theories of Justice", *Justice: Interdisciplinary Perspectives* (Klaus R. Scherer — ed., 1992) 15.

הצודקת של משאבים, חברתיים ואחרים" והמהווה חלק מן המטרייה הנורמטיבית הכללית של שיטת המשפט הישראלית.<sup>61</sup> מלבד טיעון כללי זה ניתן להוסיף ולטעון כי שיקולים של צדק חלוקתי מקרינים ומשליכים גם על אופן ההקצאה של מערך הזכויות וההטבות הגלומות במשאב מסוים, בין הקטגוריות השונות של המוטבים אשר תרמו והשתתפו בהפקת אותו משאב. כאשר שיטת משפט מקנה משקל לערך של צדק חלוקתי, מן הראוי כי הדבר יקרין וישליך גם על אופן הקצאת מערך הזכויות ליהנות מפרותיו של משאב בקרב כל מי שהשתתף בהפקתו.

אם נחזור לנושא דיוננו, כאשר הדין מקצה, ולמעשה יוצר בבחינת יש מאין, מערך של זכויות קניין (רוחני) במשאבים מופשטים, אזי לצד שיקולים נוספים כגון יעילות, הדבר צריך להיעשות מתוך שאיפה להבטיח חלוקה הוגנת ושקולה של אותן הטבות כלכליות בין כל ספקי התשומות היצירתיות – יוצרים ומבצעים, אשר השתתפו בהפקת אותו משאב מופשט. ניתן אף לגרוס, כי הדרישה ליסוד של צדק חלוקתי פרטיקולרי מקבלת משנה תוקף בהקשר הייחודי של זכות היוצרים כזכות קניין רוחני ביצירות אינטלקטואליות. כידוע, הבסיס העיוני לזכות היוצרים נע בין קוטב של שיקולים תועלתיים-הסדרתיים, המדגישים את האינטרס הציבורי בהפקה והפצה של יצירות וביטויים בעלי ערך חברתי, ובין קוטב המדגיש את האינטרסים האישיים-פרטיים של היוצר ואת הרצון להעניק ליוצר גמול ראוי, צודק והוגן בגין התרומה היצירתית, המאמץ והמשאבים שהשקיע.<sup>62</sup> עבור מי שדוגל בסינתזה בין שני הקטבים, שיקולים של צדק ושל הגינות עשויים להקרין ולהשליך גם על עניין מערכת היחסים ואופן חלוקת הגמול ו"עוגת הרווחים" בין היוצר ובין אותם יומים כלכליים – מפיקים ותאגדי תקשורת, אשר אמורים על מלאכת ההוצאה לפועל של מוצר התקשורת המוגמר. במובן זה, הייחודיות של זכות היוצרים, כזכות משפטית העוסקת בנכס רוחני שהוא פרי יצירתו ועמלו של יוצר/מבצע, מבליטה את השאיפה להבטיח כי היוצר או המבצע, הם עצמם, ייהנו כחלקם הראוי בתוצר היצירתי.

רגישות מתחייבת אפוא כאשר מנגנון החליפין של שוק חופשי, כפי שהוא נתמך ומבוסס

61. ראו, בג"ץ 244/00 עמותת שיח חדש למען השיח הדמוקרטי נ' שר התשתיות הלאומיות, פ"ד (6) 25, בעמ' 64-66. ראו גם חנוך דגן, "קניין, אחריות חברתית וצדק חלוקתי", צדק חלוקתי בישראל (מנחם מאוטנר – עורך, רמות, תשס"א), 97-118; איל גרוס, "החוקה הישראלית: כלי לצדק חלוקתי או כלי נגדי?", שם, בעמ' 79-97.
62. לסקירת האופן שבו שני הקטבים משתקפים, לעתים מתוך סתירה מסוימת, בפסיקת בית המשפט העליון בארץ ראו, גיא פסת, "זכות היוצרים בפסיקת בית המשפט העליון – מגמות, שיקולים ומבט אל עבר 'עידן המידע'", עלי משפט ב (תשס"ב), 297. פסקי הדין המרכזיים התומכים בגישה ציבורית-הסדרתית הם, ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S.A., פ"ד מח(4) 133, בעמ' 154, 157, 160-167; וע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן.אם.פי מוסיקה בע"מ, פ"ד נו(3) 658, בעמ' 671, ואילו פסקי הדין המדגישים את האינטרסים הפרטיים של היוצר הם רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251, בעמ' 266 (בפרט מול האותיות ד-ז), 267 (בפרט מול האותיות ב-ה); עניין אקוים (לעיל, הערה 12), בפסקה 5 לפסק הדין; ע"א 2790/93 Eisenman נ' קימרון, פ"ד נד(3) 817.

על ידי מערך זכויות הקניין הרוחני יציר כפיו של המשפט,<sup>63</sup> אינו מצליח להבטיח כי כל אחד מספקי התשומות היצירתיות השונות, אשר נטלו חלק בהפקת מוצר התקשורת, יזכה לגמול ראוי. בנסיבות כאלה, המשפט עשוי לתמוך במנגנונים מוסדיים, כגון אגודות לניהול משותף של זכויות, המיועדים להבטיח חלוקה שקולה והוגנת יותר של עוגת ההטבות הכלכליות, הטמונה במוצר התקשורת המוגמר, בקרב מכלול היוצרים והמבצעים אשר השתתפו בהפקתו.

אכן ראוי לציין בנקודה זו, כי ככל שהגישה שאני מציע תומכת במנגנונים מוסדיים, אשר מבקשים לגבור על תוכנן של התקשוריות חוזיות פרטניות בין יוצרים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת, הרי במידה רבה, מדובר בגישה התומכת בצדק קומוטטיבי (commutative justice), כלומר דרישה לדרגה מינימלית של שוויון ואיזון בתמורות המוחלפות בין מפיק מוצר התקשורת ובין ספקי התשומות היצירתיות אשר השתתפו בהפקתו,<sup>64</sup> ואולם לעניות דעתי המושג של צדק חלוקתי פרטיקולרי מתאים יותר לענייננו, משום שבאמצעות השימוש במונח זה מודגשת עמדתו הכללית והצופה פני עתיד של הדין כלפי האופן הראוי להקצאת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצר תקשורת מוגמר. מוויית ראייה זו, תמיכה בתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף של זכויות אינה מבוססת על הצורך להתמודד עם אותם מקרי קיצון, אשר בהם המשפט הפרטי נוהג להתיר התערבות בהתקשוריות חוזיות פרטניות בשל אי-שקילות התמורות המוחלפות (כגון בעילות של כפייה כלכלית או עושה). להבדיל, מדובר בגישה המעמידה לנגד עיניה, כיסוד מעצב של דין זכויות היוצרים, את המחויבות לחלוקה צודקת והוגנת של התמלוגים הטמונים במוצר תקשורת מוגמר בין כל מי שהיו מעורבים בהפקתו. על פי גישה זו, הלכה למעשה הכרת הדין בלגיטימיות התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף של זכויות, פירושה הפרטה חלקית ועקיפה של האמצעים להשגת אותו יעד חלוקתי שהדין הציב לנגד עיניו.<sup>65</sup>

63. וראו באופן כללי את מאמר הקלאסי של: Morris Cohen, "The Basis of Contract", 46 *Harv. L. Rev.* (1933) 553.

64. ראו, למשל: Wojciech Sadurski, *Giving Desert Its Due* (1985) 25-36; James Goddley, *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine* (1991) 10.

65. מלבד הכתוב בגוף הטקסט מן הראוי להזכיר גם את העובדה, כי כמפורט בחלק ב של המאמר, האופי המופשט והבלתי מתכלה של מוצרי תקשורת טומן בחוכו פוטנציאל ניכר של רווחים משימושים משניים ושימושים נגזרים, לרבות כאלה אשר לא ניתן היה לצפות אותם בעת הפקת מוצר התקשורת המקורי וכאשר נקבעו תנאי ההתקשרות החוזית בין ספקי התשומות היצירתיות השונות ובין מפיק מוצר התקשורת. במקרים כאלה, אגודות לניהול משותף של זכויות, מטעם ספקי תשומות יצירתיות, מבטיחות כי יוצרים ומבצעים שהן מייצגות יהיו זכאים לחלק מעוגת ההטבות הכספיות הנובעת מאותם שימושים נוספים ובלתי צפויים. גם בהקשר זה, אגודות לניהול משותף של זכויות ממלאות תפקיד חלוקתי חשוב. האגודות תורמות להקצאה צודקת והוגנת של הטבות כספיות, שהן בבחינת "מתת שמיים" (windfall), אשר לא היוצרים והמבצעים ולא המפיקים הסתמכו עליה בעת ההתקשרות

ודוקו: בהציגי עמדה זו אינני מתעלם מן העובדה כי בה במידה שיקולים של צדק ושל הגינות מלמדים, כי מי שנושא בסיכון הכספי, הכרוך בהפקת מוצר תקשורת, ומשקיע את עיקר המשאבים הכספיים הנדרשים לשם הפקתו,<sup>66</sup> מן הראוי שגם יזכה בגמול הולם ופרופורציונלי לסיכון שקיבל עליו.<sup>67</sup> דרישה זו אכן צפויה להשליך על משמעות התוכן הפרטיקולרי, אשר יש ליצוק למונחים "צדק" ו"הגינות" בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות המשולמות ממוצר תקשורת מוגמר (או במילים אחרות להבהיר מדוע אכן ראוי כי חלק ניכר מן ההכנסות ישתלמו לידי של מפיק מוצר התקשורת). הבטחת גמול ראוי לספקי תשומות יצירתיות אין פירושה אמת מידה שוויונית בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצר תקשורת מוגמר. עם זאת ובה בבד, האינטרסים הכספיים הלגיטימיים של מפיקים ותאגידי תקשורת אינם יכולים לבטל לחלוטין את חלקם הצודק וההוגן של יוצרים ומבצעים – ספקי תשומות יצירתיות, אשר נטלו חלק בהפקת המוצר.

בנקודה זו יש להוסיף ולזכור כי על אף העובדה שיוצרים ומבצעים אינם מעורבים בדרך כלל בהשקעת המשאבים הכלכליים הנדרשים לשם הפקת מוצר תקשורת, ואף אינם נושאים בסיכון הכספי הכרוך בכך, עדיין יוצרים ומבצעים משקיעים משאב מסוג אחר – מרכזי לא פחות – והוא ההון האנושי שלהם. ביסוד המונח "ספקי תשומות יצירתיות" ניצבים פרטים – בשר ודם, אשר מייחדים חלק ניכר, אם לא מוחלט, ממרצם ומשאביהם האנושיים לפעילות בתחום הביטוי והיצירה. במישור הפרטיקולרי והאישי של כל אחד ואחד מאותם פרטים, התמסרות שכזו נושאת בחובה סיכון אשר אינו פחות מהסיכון הכספי אשר מפיקים ותאגידי תקשורת נושאים בו נוכח חוסר הוודאות הכרוך בהפקת מוצרי תקשורת. לפיכך כאשר בוחנים כיצד ראוי לחלק את עוגת ההטבות הכספיות, הטמונה במוצר תקשורת מוגמר, אין זה נכון להתמקד אך ורק בבחינת היקף המשאבים והסיכון הכספי אשר כל צד משתתף קיבל עליו. הגם שלא מדובר במשתנים הניתנים לכימות מדויק, ערכית ההון האנושי שמשקיעים יוצרים ומבצעים, אשר מייחדים חלק ניכר מזמנם ומרצם לפעילות יצירתית בסביבה תקשורתית עתירת סיכון, אף הוא משאב המבסס טיעון של גמול על בסיס שיקולי צדק והגינות. לפיכך חברה המבקשת לעודד פעילות מבוררת ומגוונת בתחומי התרבות, הביטוי והיצירה חייבת להניח מסד כלכלי ומשפטי רחב דיו שיאפשר תמיכה מתמשכת גם ביוצרים ומבצעים ולא רק במפיקים ובתאגידי תקשורת.

החזוית המקורית ביניהם וההחלטה להשקיע משאבים בהפקת מוצר התקשורת. אלמלא פועלן של אגודות לניהול משותף של זכויות, לפחות בחלק מן המקרים, יוצרים ומבצעים אשר העבירו את זכויות הקניין הרוחני שלהם למפיק מוצר התקשורת, לא היו זכאים לחלק מאותו מקור רווחים נוסף.

66. בפרט כאשר מדובר בשוק עתיר סיכון. ראו: Caves (לעיל, הערה 41), בעמ' 2-3, המאפיין את השוק כשוק של מוצרי "nobody knows".

67. מסקנה דומה צפויה להיגזר גם משיקולי יעילות, המדגישים את נחיצותו של תמריץ מספיק להשקיע משאבים בהפקתם של מוצרי תקשורת, לרבות כאלה אשר דרגה גבוהה יחסית של חוסר ודאות בדבר הצלחתם המסחרית מלווה את הפקתם.

בסופו של יום, ההון האנושי בתחום הביטוי והיצירה, ולא פעילות תאגידית, הוא חומר היסוד אשר ממנו מתחילה "שרשרת המזון" בתחומי הביטוי והיצירה.

### (ג) הצדקת השימוש ברובד הקנייני

כנגד האמור עד כה עשוי להישמע טיעון מרכזי אחד: גם אם יש מקום לקדם חלוקה צודקת והוגנת של ההטבות הכלכליות אשר טמונות במוצר תקשורת מוגמר, אין בכך כדי להצדיק פעילות במתכונת קניינית (כובלת) מהסוג שמבצעות אגודות לניהול משותף של זכויות. על פי טיעון זה, מצבם של ספקי תשומות יצירתיות אינו צריך להיות שונה ממצבו של כל סקטור אחר במשק. ככל סקטור אחר, יש לאפשר ליוצרים ולמבצעים להתארגן באופן קולקטיבי ולפעול באמצעות ארגונים יציגים מטעמם כדי לשפר את תנאי ההתקשרות בינם ובין מפקים ותאגידי תקשורת, ואולם אין כל הצדקה לכך, שמקרב כלל הסקטורים במשק, דווקא ספקי תשומות יצירתיות ייהנו מאותה "עליית מדרגה" המאפשרת להם לעשות שימוש קולקטיבי ברובד הקנייני באמצעות אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם. כך, לדוגמה, בהקשר של ציבור התסריטאים והבמאים עשויה להישאל השאלה, מהי ההצדקה לכך שמלבד הפעילות של ארגונים יציגים מטעם במאים ותסריטאים,<sup>68</sup> הפועלים בתחום תנאי השכר וההעסקה של חברי הארגון, תתאפשר גם פעילותו של ארגון לניהול משותף של זכויות כגון ארגון תל"י, וזאת בייחוד על רקע הנוקים האנטי תחרותיים, אשר כמפורט בחלקים ב-ג, גלוויים לפעילותם של ארגונים לניהול משותף של זכויות.

נדמה כי התשובה על טיעון זה טמונה בעובדה, כי מתן שירותים ועבודה בתחומי היצירה והביטוי הם בעלי מאפיינים ייחודיים, אשר אינם מאפשרים להסתפק במתכונת הרגילה של ארגונים יציגים הפועלים במישור החוזי גרידא, ובכלל זה המאפיינים האלה: (1) חלק גדול מן הפעילות בתחום התקשורת, הביטוי והיצירה היא פעילות ארעית ומבוזרת של יוצרים ומבצעים בודדים אל מול מפקים או גופי תקשורת;<sup>69</sup> (2) על כן אמצעי הלהץ ואמצעי האכיפה אשר יש לארגונים סקטוריאליים בתחום היצירה, כמו גם דרגת המחויבות והציות של יוצרים או מבצעים לארגון סקטוריאלי מטעמם, אינם זהים בעצמתם לאלה הקיימים בתחומי משק אחרים; (3) במרבית המקרים יוצרים ומבצעים אינם עובדים ב"מקום עבודה קבוע", אשר כלפיו הם יכולים לנקוט צעדי מחאה ומאבק קולקטיביים כגון שביתה ועיצומים; (4) באופן דומה, בחלק גדול מן המקרים הקשר בין יוצרים ומבצעים ובין מפקים הוא קשר נקודתי וחולף המתקיים בעת הפקת מוצר תקשורת מסוים בלבד; וגם כאשר ישנה התקשרות ארוכת טווח – כגון זו שבין אמן מבצע ובין חברת תקליטים – עדיין מדובר בהתקשרות אישית-פרטנית נטולת קשר למסגרת קולקטיבית-קיבוצית כלשהי; (5) על כך יש להוסיף את האופי האינדיבידואלי של הפעילות בתחום הביטוי והיצירה וכן את העובדה

68. ראו, בארץ: [URL: <http://film-e-good.org.il/frames.asp>].

69. Françoise Benhamoc, "The Opposition Between Two Models of Labor Markets Adjustments: The Case of Audiovisual and Performing Arts Activities in France and Great Britain Over a Ten Year Period", 24 *J. of Cultural Econ.* (2000) 301

שכאמור, עבור מרבית היוצרים והמבצעים, מפיקים ותאגידי תקשורת אינם רק צרכני תשומות, אלא גם "שומרי סף" להבטחת תשומת לב אפקטיבית של הקהל ולהצלחה. מאפיינים אלה והתלות של יוצרים ומבצעים במפיקים ובתאגידי תקשורת מלמדים, כי פעילות סקטוריאלית, אשר מבוססת אך ורק על שיתוף פעולה ארגוני בין יוצרים, עשויה להיות נטולת כוח השפעה וכוח אכיפה מספיקים, הן "פנימה", כלפי יוצרים הנמנים עם סקטור מסוים, והן "החוץ", כלפי מפיקים ותאגידי תקשורת. מנגד, פעילות קבוצתית, אשר מבוססת על ריכוז זכויות הקניין הרוחני של יוצרים ומבצעים בידי אגודה לניהול משותף של זכויות מטעמם, צפויה להזק במידה ניכרת הן את כוח האכיפה של הארגון כלפי חבריו והן את עמדת הכוח של יוצרים (ספקי תשומות) בורדים כלפי מפיקים אשר עמם מגוהל משא ומתן לקראת התקשרות חוזית פרטנית.<sup>70</sup> ומכאן ההצדקה לאפשר לספקי תשומות יצירתיות לקדם אינטרסים סקטוריאליים-חלוקתיים באמצעות כלים קנייניים קולקטיביים מהסוג של אגודות לניהול משותף של זכויות.<sup>71</sup>

70. לשם השלמת התמונה ראוי לציין שלפחות הניסיון האמריקני מלמד, כי בתחום ההפקות האודיו-ויזואליות (סרטי קולנוע והפקות טלוויזיה) ארגונים יציגים ("גילדות") מטעם תסריטאים, במאים ומבצעים הצליחו לגבש הסכמי עבודה קולקטיביים המקנים לאותם סקטורים נתח מן התמלוגים המשתלמים בגין סוגים מסוימים של שימושים ארוכי טווח במוצר התקשורת המוגמר (כגון שידורים חוזרים בטלוויזיה). ראו: Nikolaus Reber, *Film Copyright*, Contracts and Profit Participation (1999) 108-138, ואולם המקרה של תעשיית ההפקות האודיו-ויזואליות בארצות הברית הוא מקרה ייחודי מבחינת השילוב של היקף השקעה כספית ניכר ומספר מצומצם של ימי צילום ולוחות זמנים צפופים אשר במהלכם מוצאת לפועל ההפקה האודיו-ויזואלית. מצב דברים זה פותח פתח לנקודות לחץ שבהן השבתת ההפקה עשויה לגרום נזק כספי ניכר למפיקים, ומכאן האפקטיביות הפוטנציאלית של עיצומים והשבתות מצד ארגונים יציגים הפועלים מטעם ספקי תשומות יצירתיות. על כך יש להוסיף את העובדה שבארצות הברית הארגונים היציגים מטעם במאים, תסריטאים ומבצעים צמחו בתקופה אשר בה בין חלק גדול מתבריהם ובין אולפני ההפקה התקיימו יחסי עובד-מעביד. באותה תקופה היקף פעילות ההפקה (in-house) אכן היה כזה, שחרב איום השביתה השיג את יעדו. ראו: Caves (לעיל, הערה 41), בעמ' 132-135; Reber (שם, בעמוד 109). "צווארי בקבוק" שכאלה אינם קיימים בהקשרים רבים אחרים של פעילות בתחום הביטוי והיצירה כגון הפקות תקליטים בתחום המוזיקה הקלה. במובן זה, בלי לנקוט הכללות לכאן או לכאן, קשה לגזור מן הניסיון האמריקני מסקנות חד-משמעיות בנוגע למצאי המקרים שבהם פעילות סקטוריאלית גרידא, מצד יוצרים או מבצעים, תצליח לבדה לספק הגנה נאותה לאינטרסים הכספיים שלהם.

71. על כך יש להוסיף, כי ענפי תעשייה וסקטורים אחרים עוסקים במשאבים פיסיים מתכלים, ואילו ספקי תשומות יצירתיות עוסקים במשאבים מופשטים בלתי מתכלים. זהו האופי המופשט של המשאב, שמספקים יוצרים, המאפשר להם לפעול באותה מתכונת המשמרת את היכולת להבטיח קבלת תמורה כספית מצדדים שלישיים המשתמשים במוצרי תקשורת – מצב דברים אשר למעשה כלל אינו קיים בהקשר של טובין מוחשיים.

**(ד) קידומו של שוק תקשורת מבוזר**

עד נקודה זו התמקדתי בשיקולים התומכים בתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף מוויית ראייה המעמידה לבגד עיניה את היוצר ו/או המבצע, אשר תרם מתשומותיו היצירתיות להפקתו של מוצר תקשורת. גוסף עליהם גם שיקול מוסדי, אשר תומך בתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף של זכויות, והוא שיקול תרומתן של האגודות לניהול משותף של זכויות ספקי התשומות היצירתיות לקידומו של שוק תקשורת מבוזר ולהשגת משטר של איוונים ובלמים בתחום הביטוי והיצירה. על פני הדברים, טיעון כאמור אכן עשוי להישמע מוקשה, שכן אגודות לניהול משותף נוטות לרכו בידיתן כוח העולה במקרים רבים כדי כוח מונופולין.<sup>72</sup> עם זאת, כמפורט להלן, ישנם נימוקים אחדים המלמדים על תרומתן של אגודות לניהול משותף של זכויות ספקי תשומות יצירתיות, לקידומו של שוק תקשורת מבוזר ולהשגת משטר של איוונים ובלמים בתחום הביטוי והיצירה.

הוכרתי קודם לכן כי שוק התקשורת מתאפיין בין השאר בהבחנה בין קומץ קטן של "כוכבי על" ובין קבוצה ניכרת של יוצרים ומבצעים אשר סובלים מעמדת נחיתות ביחסי הכוחות בינם ובין מפיקים ותאגידי תקשורת. העובדה שבזכות פעילות האגודות לניהול משותף של זכויות, אותה קטגוריה שנייה של יוצרים ומבצעים נהנית מנתח גדול יותר של עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצרי תקשורת, תורמת, לפחות במידת מה, לביזור וגיוון התכנים המופקים והמסופקים לקהל הרחב. המשטר הקנייני, אשר אגודה לניהול משותף של זכויות מנכיחה, מספק משענת כספית לקשת יוצרים ומבצעים רחבה ומקיפה יותר מזו שהייתה פעילה במערך התקשוריות חוזיות פרטניות בין יוצרים ומבצעים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת. תמלוגים ארוכי טווח, המשולמים באמצעות אגודה לניהול משותף של זכויות, עשויים גם לשמש כמקור הכנסה המכפר, לפחות במידת מה, על היכולת הארעית, ההפכפכה והבלתי צפויה מעט, של יוצרים ומבצעים לייצר לעצמם מקורות הכנסה קבועים ומתמשכים, כמו גם מקורות הכנסה חדשים ונוספים בתחום הביטוי והיצירה. חיווק לכך נמצא בכללי החלוקה של אגודות לניהול משותף של זכויות המבוססים, בדרך כלל, על אמות מידה שוויוניות של מפתח חלוקה המבוסס על היקף השמעה, ולא על הפופולריות וערך השוק של כל יצירה ויצירה.<sup>73</sup>

72. ראו, למשל, החלטת הממונה על הגבלים עסקיים בעניין אקוים (לעיל, הערה 12), וכן החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפדרציה הישראלית לתקליטים (לעיל, הערה 12), אשר שם כחלק מהתנאים לאישור הפדרציה כהסדר כובל, הפדרציה גם הוכרזה כמונופול.

73. אמנם גם אמת מידה המבוססת על היקף השמעה תיטה להיטיב עם התכנים הפופולריים יותר, ואולם, "תמחור הבסיס" של התשלום עבור היצירות יהיה על בסיס אמות מידה שוויוניות. כך, לדוגמה, אם תחנת רדיו משלמת לאגודה לניהול משותף של זכויות תמלוגים על פי אחוז מסוים מן ההכנסות של התחנה מפרסומות, סכום זה יחולק בין כלל היוצרים אשר יצירותיהם הושמעו, כלומר על פי היקף ההשמעה בלבד ולא על פי בסיס מורכב יותר המשקלל את תרומת היצירות שהושמעו באותן תכניות רדיו להיקף ההכנסה מפרסומות (היינו



בדברים אלה אינני מתעלם מכך שחלק ניכר מן התמלוגים, שמשלמות אגודות לניהול משותף של זכויות, מתנקז למספר מצומצם יחסית של יוצרים, מבצעים ובעלי זכויות.<sup>74</sup> ובכל זאת מפת חלוקת התמלוגים במבנה מוסדי, אשר אגודות לניהול משותף מהוות חלק ממנו, היא מפה שונה מזו שהייתה קיימת לו חלוקת ההכנסות בין מפיקים ותאגידים תקשורת ובין יוצרים ומבצעים הייתה מתבססת אך ורק על מערכת היחסים החזוית הפרטנית שבין הצדדים. ובמובן זה, ה"מחצית המלאה" של הכוס, מדוללת ככל שהיא לעתים, איננה מרכיב אשר ניתן להתעלם ממנו.

יתרון נוסף נעוץ בעיבדה שבמרבית המקרים אגודות לניהול משותף של זכויות פועלות במתכונת של "רישיון גורף" המתייחס לכלל רפרטואר היצירות אשר האגודה מייצגת. עובדה זו אף היא מסייעת, לפחות בעקיפין, לגיוון ולפלורליזם כלשהם של התכנים אשר נעשה בהם שימוש ואשר הציבור הרחב נחשף אליהם. צריכת תכנים באמצעות רישיון גורף פותחת פתח לשימוש בתכנים, אשר אלמלא הכללתם ברפרטואר הרישיון הגורף, לא היו מצדיקים כלכלית התקשרות פרטנית לשם רכישת זכויות שימוש בהם. כך, לדוגמה,

מפתח חלוקת תמלוגים המשקלל גם את הויקה בין היצירות המושמעות ובין היקה ההכנסות מפרסום). במובן זה, כללי החלוקה של אגודה לניהול משותף של זכויות תומכים, לפחות במידת מה, באמות מידה שוויוניות יותר של חלוקת הכנסות האגודה מתמלוגים, כאשר תכנים וחומרים רווחיים פחות נהנים מבסיס תמחור המשקלל גם תכנים פופולריים יותר.

74. ראו: Kretschmer (לעיל, הערה 40), בעמ' 135, המביא נתונים המראים שבאנגליה, בשנת 1994, כ-90% מן ההכנסות של האגודה לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי שולמו לידי כ-10% מחברי האגודה, ואילו בגרמניה, בשנים 1996/7 כ-60% מן התמלוגים של האגודה לניהול זכויות מלהינים ותמלילנים שולמו לידי כ-5% מבעלי הזכויות. ראו גם את סקירתה של Towse (לעיל, הערה 52), בעמ' 123-125. Towse מנתחת נתונים באשר לחלוקת התמלוגים למבצעים נגנים בין השנים 1989-1995, ומתמקדת בסכום הממוצע הנמוך אשר כל מבצע קיבל כתמלוגים מדי שנה - סך של כ-75 לירות שטרלינג לשנה. עם זאת, הנתונים שמנתחת Towse הם מורכבים יותר: עוד עולה מן הטבלה שהיא משרטטת בעמ' 125, כי אחוז אחד מן הנגנים הרוויחו בממוצע סכום של 1600 לירות שטרלינג לשנה; 5% מן הנגנים הרוויחו בממוצע סכום מקורב של בין 1,600 ל-800 לירות שטרלינג לשנה, ואילו 12% נוספים מהנגנים הרוויחו בממוצע סכום שנע בין כ-800 ל-300 לירות שטרלינג לשנה. נתונים אלה מלמדים לכאורה כי לחלק ניכר מהנגנים המבצעים, אגודת ניהול הזכויות איננה מהווה מקור הכנסה של ממש. חסר בניתוח של Towse נתון מרכזי אחד והוא היקה הפעילות (ההקלטות) של אותם נגנים מבצעים אשר סכומי התמלוגים ששולמו להם היו סכומים נמוכים. לא מן הנמנע כי מדובר במבצעים נגנים, אשר השתתפו במספר קטן מאוד של הקלטות, כשגם משום כך סכום התמלוגים ששולם להם היה נמוך. בלעדי נתון זה קשה לאמוד את "דיות" הגמול המתמשך, אשר שולם לנגנים מבצעים תמורת פעילות ההקלטות שהם נטלו בה חלק, ואת אפקטיביות הפעילות שמבצעות אגודות לניהול משותף של זכויות מבצעים בהקשר זה.

אם תחנת רדיו הייתה נדרשת לרכוש, על בסיס עסקאות נקודתיות, "חבילות רפרטואר" לשימוש ("ביצוע פומבי") התחנה, אזי קיים סיכוי גבוה כי תקציב התחנה היה מנוצל לרכישת חבילות תכנים פופולריים, אשר יכולים להצדיק את ההשקעה הכספית בהם, כאשר תכנים אחרים היו נדחקים לקרן זווית, אבל כאשר לרשות תחנת הרדיו עומד, מכוח רישיון גורף, כלל רפרטואר היצירות המוסיקליות הקיים, כנגד אותו שיעור של דמי רישיון, הרי ישנו סיכוי גדול יותר, כי התחנה תשתמש במגוון רחב יותר של תכנים, לרבות כאלה אשר לא היו נרכשים כ"חבילות רפרטואר" בודדות. אמנם גם במשטר של רישיונות גורפים, ספקי תוכן כגון גופי שידור מסחריים ימשיכו להתמקד באותם תכנים מועטים יחסית העונים על עקומת הביקוש של קהליהם הפוטנציאליים, ועדיין, עצם קיומה של אפשרות, נטולת עלות נוספת (לרבות עלויות עסקה), "למשוך תכנים" מתוך כלל רפרטואר היצירות הקיים בתחום מסוים, צפויה להיות בעלת השפעה על קשת היצירות שנעשה בהן שימוש ושהקהל נחשף אליהן; לפחות ככל שהדברים נוגעים לגופי שידור, יוצרים וספקי תוכן אחרים שסדר יומם התקשורתי מורכב, ואינו מתמקד אך ורק בתכנים מסחריים גרידא.

ולבסוף, ישנו גם המישור המוסדי: אגודות לניהול משותף של זכויות הספקים של תשומות יצירתיות, נוטות לגבש קבוצות אינטרסים המהוות משקל נגד לכות הרב הנתון בידי תעשיית התקשורת התאגידית. הכוח הסקטוריאלי העומד לרשות אגודות לניהול משותף (וזאת, בין היתר, עקב המשטר הקנייני שהן מכתובות), צפוי להיות מנותב ומופעל לא רק לשם גביית תמלוגים ממשתמשים, אלא גם במישורים פוליטיים ומוסדיים. אגודות לניהול משותף של זכויות עשויות לשמש הן כמקור לייצוג אינטרסים פרטיקולריים של יוצרים ומבצעים, שהן מייצגות, והן כמקור לקידום ערכים תרבותיים וציבוריים רחבים יותר, אשר אותו סקטור יצירתי מבקש להציב על סדר היום הציבורי. ואכן, בשנים האחרונות ארגונים מטעם סקטורים יצירתיים הוכיחו מעורבות ניכרת בניסיון להשפיע על מראה פניה של מפת התקשורת הישראלית, החל בנושאים כגון הרכב מליאת רשות השידור וייצוג הולם של יוצרים ומחברים במסגרתו,<sup>75</sup> וכלה במאבק למילוי ההתחייבויות הכספיות בתחום חובות הפקות מקור, אשר חברות הכבלים מחויבות בהן על פי דין.<sup>76</sup>

אמנם כאשר עומד על סדר היום נושא ציבורי מתחום זכויות היוצרים שאינו סוגיה פרטנית גרידא, אזי בדרך כלל הגופים הסקטוריאליים, אשר מנהלים את המאבק במישורין, אינם האגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים, אלא ארגונים כגון פורום היוצרים הדוקומנטריים, איגוד התסריטאים בישראל או האיגוד המקצועי של כימאי הקולנוע והטלוויזיה בישראל, ובכל זאת מדובר בארגונים ובתהליכים המזינים זה את זה. גיבוש והתחזקות מעמדו של סקטור יוצרים מסוים בשוק התקשורת צפויים לאפשר את ניצול הכוח הנתון בידיו גם במישורי פעולה ציבוריים-תרבותיים רחבים יותר, בדיוק כפי שהתחזקות אותו סקטור יצירתי, בפעילותו הציבורית-תרבותית, עשויה לנתב את ההתארגנות הסקטוריאלית למאבקים נוספים – בתחום זכויות הקניין הרוחני – המיועדים

75. ראו, בג"ץ 5933/98 פורום היוצרים הדוקומנטריים נ' נשיא המדינה, פ"ד (נ) 3496.

76. ראו, דורון צברי, "שובו של הארגון המקצועי", ארץ אחרת 21 (2004) 52.

לשפר את המעמד הכלכלי ואת התמורה המשולמת לאתו סקטור יצירתי. באמור לעיל אינני מתיימר להציג תמונה "נאיבית", המתעלמת מן האינטרסים הכלכליים של יוצרים ומבצעים, אשר עשויים לעטות כסות של מאבקים "ציבוריים" בתחום התרבות והיצירה. ובכל זאת מזווית ראייה רחבה, ככל שבזירת ההתגוששות הפוליטית-תקשורתית-תרבותית תהיינה מיוצגות קבוצות אינטרסים רבות יותר, כך התוצר הדמוקרטי הכולל צפוי להיות משופר יותר.

## 2. טיעוני נגד

חלק זה של המאמר סוקר שני טיעוני נגד המתמקדים בחסרונות ובחששות אשר פעילותן הסקטוריאלית-חלוקתית של אגודות לניהול משותף של זכויות מעוררת.<sup>77</sup>

### (א) ירידה לכיסם של צדדים שלישיים

לכאורה, היסרון מרכזי אחד אשר כרוך בפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות, נעוץ בעובדה שבמקרים רבים "תיקון" אופן החלוקה של עוגת התמלוגים מתבצע באמצעות ירידה לכיסם של צדדים שלישיים (המשתמשים) ולא באמצעות משא ומתן סקטוריאלי ישיר עם מפיק מוצר התקשורת. כפי שנסקר בחלקים ב ו-ד למאמר, מתכונת הפעילות של אגודות אלה מבקשת במוצהר להבטיח כי לחברי האגודות תהיה יכולת מתמשכת וארוכת טווח להיפרע מצדדים שלישיים המשתמשים במוצר התקשורת המוגמר לרבות התשומות היצירתיות השונות הכלולות בו.

לכאורה הקושי המרכזי הכרוך במצב דברים זה נובע מן העובדה שצדדים שלישיים אלה משמשים כ"כיס עמוק" להשלמת אותו גמול ראוי, אשר יוצרים ומבצעים – ספקי תשומות יצירתיות – לא הצליחו לקבל במישרין ממפיק מוצר התקשורת. ומכאן השאלה, מה מקור הצידוק להחצין או לגלגל את העלות, אשר כרוכה במהלך "תיקון" אופן חלוקת עוגת התמלוגים, אל עבר צדדים שלישיים. לכאורה, דווקא משיקולי צדק והגינות, אשר אגודות לניהול משותף של זכויות מבקשות לקדם, מהלך כאמור עשוי להיתפס כמהלך מוקשה. במקום להתמקד בהפעלת לחץ סקטוריאלי על מפיק מוצר התקשורת – זה אשר אתו מתקיימים יחסי הכוחות הלא שוויוניים – האגודות מבכרות לנקוט את הפתרון הקל של אותו "פיצול זכויות" המאפשר להעמיס על משתמשים, צדדים שלישיים, עלות נוספת של תמלוגים הנוספים על אלה המשולמים למפיק מוצר התקשורת.

לעניות דעתי, יש להתייחס לטיעון זה בספקנות מסוימת, שכן במקרים רבים אותם צדדים שלישיים הם תאגידי תקשורת מסחריים, אשר מפזרים את התמלוגים שהם משלמים לאגודת ניהול הזכויות בין צרכני הקצה שלהם. כך, לדוגמה, בהקשר של שידורי טלוויזיה

77. בפתח סעיף משנה זה מן הראוי לציין כי הטיעונים לעיל נוספים על החששות האנטי-תחרותיים הרגילים, אשר צוינו בחלקים ב-ג לעיל, בנוגע לפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות. מאחר שמטרתו היא לבחון את לגיטימיות ורציות התפקיד הסקטוריאלית-חלוקתי של אגודות לניהול משותף, הרי גם בנוגע לחסרונות ולחששות אשר פעילות האגודות מעוררת, מוקד הדיון אינו מתמצה אך ורק בזווית הראייה הצרה של דיני ההגבלים העסקיים.

הממונים באמצעות אגרה או דמי מנוי הודשיים, ציבור הצופים הוא זה אשר צפוי לשאת בעלות התמלוגים המשולמים לאגודת ניהול הזכויות. ואילו בהקשר של שידורי טלוויזיה מסחריים מבוססי פרסומות, עלות התמלוגים צפויה להיות מגולגלת אל עבר אותם מפרסמים, אשר רוכשים "זמן מסך" (כלומר "תשומת לב קהל") באותם שידורי טלוויזיה. על כך יש להוסיף כי גם לו פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות, מטעם ספקי תשומות יצירתיות, הייתה מתמצה אך ורק בייצוג יוצרים ומבצעים כלפי מפיקים של מוצרי תקשורת,<sup>78</sup> גם אז עלות התמלוגים המתמשים ליוצרים ומבצעים, ספקי תשומות יצירתיות, הייתה מגולגלת אל עבר צדדים שלישיים המשתמשים במוצר התקשורת המוגמר (ומהם הלאה לצרכני הקצה). כל עלות אשר מפיק מוצר התקשורת נושא בה, סופה להיות מובאת בחשבון ולהיות מתומחרת בשעת קביעת עלות השימוש במוצר התקשורת המוגמר על ידי צדדים שלישיים. מסיבות אלה, ספק אם יש לתת משקל רב לעובדה כי במקרים רבים אגודות לניהול משותף של זכויות פועלות באמצעות ירידה לכיסם של צדדים שלישיים (משתמשים) ולא באמצעות משא ומתן סקטוריאלי ישיר עם מפיק מוצר התקשורת.<sup>79</sup>

#### (ב) על האופי ההפכףך של טיעוני צדק חלוקתי

חשש משמעותי הרבה יותר, אשר נוגע לפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות, מתייחס לכוח ולעצמה המרוכזים בידי האגודות. במונחים "כוח" ו-"עצמה", אין כוונתי אך ורק לנסיבות שבהן הכוח הנתון בידי האגודה, הוא כוח העולה כדי "כוח מונופולין", כמובנו הצר של מונח זה בדיני ההגבלים העסקיים.<sup>80</sup> להבדיל, במונחים "כוח" ו-"עצמה" כוונתי רחבה יותר והיא מתייחסת להקשרים מוסדיים, תרבותיים ואפילו פוליטיים, אשר בהם הכוח והעצמה, הנתונים בידי אגודות לניהול משותף של זכויות, עלולים להיות מופעלים ומנוצלים באופן הפוגע באיכות סביבת הביטוי והיצירה של התכונה. ונפרט: חלקים ד ו-ה לרשימה הבליעו, לפחות במשתמע, טענה שאגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות ממלאות תפקיד, אשר במובנו הרחב, הוא תפקיד חברתי-פוליטי. פעילות האגודות מספקת מענה סקטוריאלי-מוסדי ליחסי הכוחות הלא שוויוניים, אשר מאפיינים כלכלת שוק חופשית המרוכזת כוח ועצמה רבים בידי תאגידי

78. וזאת, במתכונת שאני מציע בחלק ג למאמר, אשר על פיה מפיק מוצר התקשורת יהיה זה אשר ירכז את מכלול הזכויות ו/או ההרשאות הנדרשות לשם השימוש במוצר התקשורת המוגמר, לרבות על ידי צד שלישי.

79. אך לעניין זה ראו גם את האמור לעיל בהערה 29. כעולה מן האמור שם, פיצול הזכויות/הרשאות השימוש בתשומות יצירתיות המשולכות במוצר תקשורת מוגמר, בין כמה אגודות לניהול משותף, צפוי להעניק לכל אחת מאותן אגודות מעמד של מונופול בתשומה משלימה הנדרשת לשם השימוש במוצר התקשורת המוגמר, ולכן להעמיד את שיעור התמורה הנדרשת מהמשתמש על רף שהוא גבוה משיעור התמורה אשר היה נגבה על ידי מפיקים הפועלים בשוק תחרותי והמחזיקים בידיהם את מכלול ההרשאות הנדרשות לשימוש במוצרי תקשורת מוגמרים שבהפקתם.

80. ראו סעיפים 26, 29 ו-29א לחוק ההגבלים העסקיים.

התקשורת. זוהי רק דרך אחת לתאר את פועלן של האגודות. מה שתואר כאן כמהלך להשגת צדק חלוקתי פרטיקולרי הוא, בה בעת, מהלך של המרת כוח והעברתו מתאגיד תקשורת לידי אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם יוצרים ומבצעים. משום כך מה שמתחיל כמהלך לגיטימי, לשם השגת יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים, עלול להסתיים במציאות המרכזת בידי אגודות לניהול משותף של זכויות כוח בהיקף ובעצמה המגלמים כשלים חלוקתיים חמורים לא פחות מאלה אשר האגודה ביקשה לפתור.

יש אפוא להיות ערים להפכפכות טיעוני הצדק החלוקתי כמקור להצדקת פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות. כשהוא לעצמו, הכשל החלוקתי אשר הוביל להתארגנות סקטור יצירתי מסוים באמצעות אגודה לניהול משותף של זכויות, אין בו כדי לנבא, ואין בו גם כדי להגביל, את האופן שבו הכוח והעצמה, המוחזקים בידי האגודה, ינוצלו ויופעלו הלכה למעשה. "כוח נוטה להשחית" ו"כוח מוחלט משחית לחלוטין" הן אולי אמירות שתוקות עד דוק, אך כוחן עדיין במותניהן. החשוב לענייננו הוא, כי אמירות אלו נכונות לא רק במישור הפוליטי הצר, המתייחס למוסדות שלטון ומדינה, אלא גם בהקשרים רחבים יותר, אשר נוגעים לגופים מוסדיים נוספים המרכזים בידיהם כוח ועצמה כלפי צדדים שלישיים. בהקשר של אגודות לניהול משותף של זכויות, החשש מפני ניצול לרעה של כוח אף מועצם משתי סיבות: (1) כוח השליטה של האגודה מתייחס למשאבים מתחום הביטוי והיצירה אשר חשיבותם רבה בחברה דמוקרטית; (2) האופי הקנייני של הכוח המוחזק בידי האגודה. גם אם המהלך לריכוז גורף של זכויות קניין רוחני בידי האגודה הונע מטעמים חלוקתיים מוצדקים, משהתגבש בידי אגודת ניהול הזכויות אותו "כוח וטו גורף" בנוגע לשימוש במוצרי תקשורת מוגמרים על ידי צדדים שלישיים, הרי אין בנמצא כל ערובה לכך שכוח זה לא ינוצל לרעה.

המחשה לניצול הכוח לרעה ניתן למצוא במקרים מהסוג שנדון בפסק הדין בעניין אקו"ם נ' ונדה קרן.<sup>81</sup> באותו מקרה תבעה אקו"ם פיצויים סטטוטוריים בסך 20,000 ש"ח<sup>82</sup> מוונדה קרן - ספרית, אשר במספרה קטנה הנושאת את שמה הושמעה מוסיקה באמצעות מערכת קול מחוברת לרמקולים. במקרה אחר, אשר אירע בארצות הברית, ASCAP - אגודה לניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי מטעם מלחינים ותמלילנים - דרשה מתנועת הצופים לשלם תמלוגים בגין ביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות במחנות הקיץ של התנועה, גם במקרים שבהם את השירים שרו חניכי התנועה עצמה (למשל, שירה בציבור סביב המדרה).<sup>83</sup> מקרים מסוג זה מלמדים על האופי ההפכפך - והייתי אפילו אומר ה"בוגדני" במקצת - של טיעוני צדק חלוקתי, כמקור המצדיק את תמיכת המשפט בתפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות. גם אם מניחים כי בשתי הדוגמאות הללו הפעולות הנדונות אכן עלו כדי "ביצוע פומבי", המצריך קבלת הרשאה מבעל זכויות היוצרים ביצירה המוגנת, זו איננה הנקודה המרכזית העומדת על הפרק. הנקודה היא, כי בדיוק כפי שיחסי כוחות בלתי שוויוניים בין

81. ראו, ת"א (ת"א) 90117/99 אקו"ם בע"מ נ' ונדה קרן (לא פורסם).

82. מכוח סעיף 3א לפקודת זכות יוצרים.

83. ראו: [URL: <http://www.s-t.com/daily/08-96/08-23-96/b02li056.htm>].

יוצרים ומבצעים ובין מפיקים ותאגידי תקשורת הם פתח לתוצאות חלוקתיות לא ראויות, כך גם הדבר בנוגע לכוח ולעצמה אשר נתונים בידי אגודות לניהול משותף של זכויות. אגודות לניהול משותף של זכויות עלולות לייצר כשלים חלוקתיים בשני מישורים מרכזיים: המישור הראשון מתייחס לאופן שבו האגודה מחלקת את התמלוגים המשולמים לידיה בין סקטורים שונים של יוצרים ומבצעים שהיא מייצגת.<sup>84</sup> המישור השני מתייחס לאפשרויות הנגישות והשימוש של גופי תקשורת ויחידים מקרב הציבור הרחב בתשומות יצירתיות שמנהלת האגודה. בדיוק כפי שיוצרים ומבצעים בודדים סובלים מיחסי כוחות לא שוויוניים אל מול מפיקים ותאגידי תקשורת, כך גם קשת רחבה מאוד של משתמשים, יוצרים ומפיקים נמצאים בעמדת נחיתות כאשר הם נדרשים לנהל משא ומתן עם אגודה לניהול משותף של זכויות בנוגע לרפרטואר היצירות שמנהלת האגודה. החשש המרכזי בהקשר זה הוא שמא הכוח הנתון בידי אגודות לניהול משותף של זכויות, כמו גם ההיקף הרחב של תשומות יצירתיות שהן מנהלות, יקימו מחסום בפני פרטים רבים המבקשים להשתמש בתשומות היצירתיות – משאבי הביטוי, שמנהלות האגודות.

באמור לעיל אינני מבקש לטעון כי אין בנמצא מנגנונים, אשר מסוגלים למתן את הכוח הנתון בידי אגודות לניהול משותף של זכויות ואף לפקח על דרך פעולתן, יהיו אלה מנגנוני פיקוח מכוח דיני ההגבלים העסקיים, או לחלופין דברי חקיקה ייחודיים המיועדים למטרה זו.<sup>85</sup> ובכל זאת מנגנוני פיקוח אלה אינם יכולים להפיג, בוודאי לא לחלוטין, את המתח הנובע מן העובדה שמאחורי אותו פרגוד, מתעתע במקצת, של מראית זכויות קניין פרטי של יוצרים ומבצעים בודדים, ש"מנהלות" האגודות, ניצבים, הלכה למעשה, גופים המחזיקים בידיהם כוח ועצמה המאפשרים להכתיב כללי הסדרה ציבוריים באופיים

84. כך, לדוגמה, אגודה לניהול משותף של זכויות, המייצגת כמה סקטורים שונים של יוצרים ומחברים, עלולה לקבוע כללי חלוקה המפלים לרעה סקטור מסוים של יוצרים חסרי עמדת כוח והשפעה באגודה. בהקשר הישראלי, דוגמה אחת לכך עשויה להימצא בנסיבות הקמתה של תל"י על ידי תסריטאים, אשר קודם לכן היו חברים באקו"ם, אך סברו כי הם אינם מקבלים כפי חלקם בעוגת התמלוגים המשולמת לאקו"ם על ידי גופי שידור טלוויזיוניים. דוגמה נוספת מצויה בסכסוך המשפטי בין תל"י ובין אקו"ם, אשר סירבה להכיר בבמאים כיוצרים משותפים של יצירה קולנועית, לעניין "גמול הקלטות" מכוח סעיף 3ד לפקודת זכות יוצרים, כפי שגמול זה אמור להיות מחולק על ידי אקו"ם כארגון היציג המייצג את מרבית בעלי זכויות היוצרים, וראו סעיף 3(ב)(1) לפקודת זכות יוצרים. ראו, גם, עניין אקו"ם (לעיל, הערה 31).

85. כגון אישור כהסדר כובל בתנאים מגבילים של פעילות אגודה לניהול משותף של זכויות (ראו החלטת בית הדין להגבלים עסקיים בעניין הפדרציה הישראלית לתקליטים) (לעיל, הערה 12), או חקיקה ייחודית הקובעת מנגנוני פיקוח על דרך הפעולה של אגודות לניהול משותף של זכויות ומערכת היחסים אשר בין האגודה ובין חבריה ובין האגודה לבין משתמשים. ראו, למשל, בישראל את הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים (שיפוט בענייני תמלוגים), תשס"א-2001, ה"ח 2830.

ובהיקפם של הפעילות בתחום התקשורת, הביטוי והיצירה. החלק הבא של המאמר יתייחס לשאלה, אם ראוי כי דיני ההגבלים העסקיים יקבלו עליהם את עול הפיקוח על אותן אגודות לניהול משותף של זכויות (מטעם ספקי תשומות יצירתיות), אשר אין הצדקה כלכלית להתרת פעילותן.

### 1. עמדת דיני ההגבלים העסקיים

חלק זה של המאמר מבקש להשיב את מבטנו אל דיני ההגבלים העסקיים. כאמור בחלק ב למאמר, במרבית המקרים פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות כרוכה בקיומם של הסדרים כובלים, כמו גם בהתגבשות כוח שוק העולה כדי כוח מונופולין. עם זאת, בכפוף לקיומם של משטר פיקוח ותנאים מגבילים, דיני ההגבלים העסקיים כיום נוטים להתיר את פעילות האגודות. הטעם המרכזי לגישה זו הוא שהאגודות מספקות פתרון יעיל לכשלי שוק הגובעים מעלויות העסקה ועלויות האכיפה אשר היו קיימות אלמלא פועלן של האגודות. דא עקא, כמפורט בחלק ג למאמר, הלכה למעשה טיעון עלויות העסקה מתקשה לספק נימוק משכנע להצדקת פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות, לפחות ככל שהדברים נוגעים לאגודות המייצגות יוצרים ומבצעים המשמשים כספקי תשומות יצירתיות.

משמעות הדברים הנה כי כדי להכשיר את פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות על פי דיני ההגבלים העסקיים, עלינו למצוא נימוק משכנע אחר. ומכאן השאלה, האם הטעם הנוסף, המונח ביסוד פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות, ואשר עניינו קידום יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים, יש בו כדי להתיר את פעילותן של האגודות על פי דיני ההגבלים העסקיים. בכך עוסק חלק זה, כאשר דיוננו יתחלק לשני חלקים. הסעיף הראשון יתמקד בשאלה, עד כמה הוראות חוק ההגבלים העסקיים והתשתית שביסודן, אכן תומכים בהתרת פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעמים סקטוריאליים-חלוקתיים, ואילו הסעיף השני יסקור דרכים חלופיות להשגת אותם יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים אשר אגודות לניהול משותף של זכויות מבקשות לקדם.

#### 1. חוק ההגבלים העסקיים

בחינת התפקיד הסקטוריאלי-חלוקתי של אגודות לניהול משותף של זכויות על פי דיני ההגבלים העסקיים, מפנה בראש ובראשונה להוראות סעיפים 9-10 לחוק ההגבלים העסקיים. סעיף 9 לחוק מורה, כי בית הדין להגבלים עסקיים רשאי לאשר הסדר כובל ולהתנות את אישורו בתנאים כאשר ההסדר הוא "לטובת הציבור", ואילו סעיף 10 לחוק מוסיף וקובע רשימה לא סגורה של שיקולים, אשר בית הדין רשאי לשקול כאשר הוא בוחן את "טובת הציבור". בענייננו, נדמה כי השאלה המרכזית היא אם ועד כמה שיקולים חלוקתיים-סקטוריאליים, מאלה שנדונו בחלקים ד-ה למאמר, הם אכן בגדר שיקולי "טובת הציבור", ומשום כך עשויים להצדיק את אישור פעילותן בתנאים של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעם ספקי תשומות יצירתיות.

כשהוא לעצמו, סעיף 10 ורשימת השיקולים הפתוחה אשר מצוינת בו,<sup>86</sup> אינם מספקים מענה מפורש על שאלה זו.<sup>87</sup> אמנם הרישא לסעיף 10 מכתובה משוואה כללית אשר מעמידה, מצד אחד, את הנזק העלול להיגרם לציבור, או לחלק ממנו, עקב ההסדר הכובל, ומצד אחר, את התועלת הצפויה לציבור עקב אישור ההסדר הכובל, ובכל זאת השאלה אם שיקולים חלוקתיים-סקטוריאליים הם בגדר שיקולי "טובת הציבור", כמובנו בסעיף 10, היא שאלה אשר סעיף 10 עצמו אינו נותן עליה מענה ישיר. עיון בספרות ובפסיקה מלמד כי סוגיה זו טרם נדונה בדין הישראלי. על כן המעט שייאמר להלן בנושא זה הוא בבחינת מצע לדין יותר משהוא מגבש מסקנות סופיות.

ככלל יש התופסים את תכליות דיני ההגבלים העסקיים כתכליות רחבות דיין כדי להכיל גם שיקולים חוץ-כלכליים, לרבות ערך של הגינות (fairness) או ערכים דמוקרטיים.<sup>88</sup> תפיסות אלה מתמקדות בהרחבת קשת הנסיבות והשיקולים אשר על יסודם ניתן להשתמש בסמכויות מכוח דיני ההגבלים העסקיים, כגון התנגדות למיזוג בשל הששות לפגיעה בערכים דמוקרטיים החורגים משיקולי יעילות גרידא. דוגמה מובהקת לשיקול חוץ-כלכלי העשוי לצוץ בהקשרים הנוגעים לענפי התקשורת והעיתונות הוא שיקול הויקה ההדוקה שלהם לעקרון חופש הביטוי וחשיבותו בשיטה דמוקרטית. כך, למשל, עמדת הרשות להגבלים עסקיים בסוגיות כגון ריכוזיות בתחום התקשורת, עשויה להיות מכוססת לא רק על מדדי יעילות ותחרותיות גרידא, אלא גם על מניפה רחבה יותר של שיקולים חוקתיים.<sup>89</sup>

86. השיקולים המרכזיים, אשר הסעיף מציין הם: (1) ייעול הייצור והשיווק של נכסים או שירותים, הבטחת איכותם או הורדת מחיריהם לצרכן; (2) הבטחת היצע מספק של נכסים או שירותים לציבור; (3) מניעת תחרות בלתי הוגנת העלולה להביא לידי הגבלת התחרות בהספקת הנכסים או השירותים שבהם עוסקים הצדדים להסדר, מצד אדם שאינו צד להסדר; (4) מתן אפשרות לצדדים להסדר להשיג הספקה של נכסים או שירותים בתנאים סבירים מידי אדם שבידו חלק ניכר של ההספקה, או לספק בתנאים סבירים נכסים או שירותים לאדם שבידו חלק ניכר מהרכישה של אותם נכסים או שירותים; (5) מניעת פגיעה חמורה בענף החשוב למשק המדינה; (6) שמירה על המשך קיום מפעלים כמקור תעסוקה באזור שבו עלולה להיווצר אבטלה ממשית עקב סגירתם או צמצום הייצור בהם; (7) שיפור מאון התשלומים של המדינה באמצעות צמצום הייבוא או הוזלתו או באמצעות הגדלת הייצוא וכדאיתו.

87. לניתוח סעיף 10 והשיקולים אשר בית הדין רשאי לשקול על פיו ראו, יצחק יגור, דיני ההגבלים העסקיים (ניד ספרות משפטית, תשס"ב), 320-322.

88. ראו, למשל: Daniel A. Farber and Brett H. McDonnell, "Why (and How) Fairness Matters at the IP/Antitrust Interface", 87 *Minn. L. Rev.* (2003) 1817. אבן הדרך בכתיבה על הרחבת קשת השיקולים והערכים, אשר דיני ההגבלים העסקיים צריכים לכלול, היא מאמרו של Pitofsky, אשר גרס כי גם ערכים פוליטיים-דמוקרטיים הם מרכיב אינהרנטי בתהליכי קבלת החלטות של רשויות הגבלים עסקיים. ראו: Robert Pitofsky, "The Political Content of Antitrust", 127 *U. Pa. L. Rev.* (1979) 1051.

89. כך, למשל, גישה כזו משתמעת, לפחות בעקיפין, מהנמקת הממונה על הגבלים עסקיים



לכאורה, גישה שכזו הייתה עשויה להיות לעזר גם למי שמבקש להכניס שיקולים סקטוריאליים-חלוקתיים אל תוך סעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים, כלומר כמקור המצדיק אישור בתנאים של הסדר כובל המיועד לקדם מטרות סקטוריאליים-חלוקתיות. אולם לאחר מבט מדוקדק יותר נדמה כי קיים שוני מהותי בין שני ההקשרים. במקרים מהסוג המתואר בפסקה הקודמת, שיקולים חוץ-כלכליים שימשו מקור לשם הרחבת קשת המקרים, אשר בהם רשויות ההגבלים העסקיים רשאיות לאסור פעילות מסוימת, ואילו בעת שיקולים חוץ-כלכליים, כגון שיקולים סקטוריאליים-חלוקתיים, אמורים לשמש מקור להכשרת קיומה של פעילות כובלת.

לעניות דעתי, הבדל זה מקשה באופן ניכר את היכולת להתבסס על הגישה האמורה, בנוגע למעמדם של שיקולים חוץ-כלכליים בדיני ההגבלים העסקיים, כמקור המאפשר להתיר את פעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מטעמים סקטוריאליים-חלוקתיים. נדמה כי ישנו הבדל ניכר בין: (1) הסתמכות על שיקולים חוץ-כלכליים כנימוק נוסף - מצטבר - להגבלת פעילות, אשר לכאורה מנוגדת לדיני ההגבלים העסקיים; ולהבדיל (2) הסתמכות על שיקולים סקטוריאליים-חלוקתיים כמקור המכשיר פעילות אשר לכאורה מנוגדת לדיני ההגבלים העסקיים. משמעות הגישה האחרונה הנה פרשנות מרחיבה מאוד של המונח "טובת הציבור", כמובנו בסעיף 10 לחוק ההגבלים העסקיים, ומתיחתו עד כדי התרת קיומם של הסדרים כובלים לשם קידום טובתן הפרטיקולרית של קבוצות אינטרסים מסוימות.

גם בעיני תומך נלהב בקידום היעדים החלוקתיים, אשר אגודות לניהול משותף של זכויות מבקשות להגשים, גישה זו עלולה להיתפס כבעייתית. חלק ד למאמר הראה כיצד הלכה למעשה אגודות לניהול משותף של זכויות נוטות להכתיב, כלפי כולי עלמא, דפוס שוק ומשטר קנייני, אשר משרתים את האינטרסים הפרטיקולריים של ספקי תשומות יצירתיות שהאגודה מייצגת. על רקע זה קשה מאוד להכשיר פעילות מסוג זה, אשר עולה כדי הסדר כובל אסור, באמצעות דיני ההגבלים העסקיים על יסוד הנימוק, כי מדובר בהסדר שהוא "לטובת הציבור". תיקון כשלים חלוקתיים באמצעות התרתם של הסדרים כובלים, אשר מגלמים בחובם כשלים חלוקתיים משל עצמם, הוא מהלך בעייתי כשהוא לעצמו, ועל אחת כמה וכמה כאשר מהלך שכזה מבקש לקבל הכשר של הגשמת "טובת הציבור" מכוח דיני ההגבלים העסקיים. דרך המלך, כך נדמה, היא לגבש הסדרים חקיקתיים פרטניים, אשר בהתאם לכללי המשחק הדמוקרטי, יבטאו שיקולי צדק, הגינות ושקילות בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצר תקשורת, בקרב כל מי שנטלו חלק בהפקתו. בכך יעסוק הסעיף הבא.

## 2. החלופה של הסדרים חקיקתיים פרטניים

סעיף משנה זה סוקר בקצרה את האופן שבו הסדרים חקיקתיים פרטניים עשויים לשמש כאמצעי לשקילת שיקולי צדק, הגינות ושקילות בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות אשר

בהחלטתו בעניין נימוקי ההתנגדות למיזוג בין בראון-פישמן תקשורת בע"מ לבין ידיעות אחרונות בע"מ (מיום 20.10.2002).

טמונה במוצרי תקשורת מוגמרים. הדין בישראל כיום כמעט אינו כולל הסדרים מסוג זה, ואולי דווקא משום כך זהו אפיק אשר ראוי לשקול ולבחון אותו. האמור להלן אינו מתיימר להוות ניתוח שלם וממצה של אותם הסדרי חקיקה פרטניים, אשר עוסקים במתן מענה על נסיבות של חלוקה בלתי צודקת ובלתי הוגנת של עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצרי תקשורת. כל כוונתי היא להמחיש בקליפת אגוז את העובדה, כי יש בנמצא דרכים חלופיות למתכונת הפעולה הקיימת של אגודות לניהול משותף של זכויות, וכי לפחות מהיבטים מסוימים, דרכים חלופיות אלה עשויות להיות עדיפות.

סוג ראשון של הסדרי חקיקה כאלה הוא חקיקה פרטנית המיועדת לספק פתרון נקודתי לעמדת נחיתות אשר קטגוריה מסוימת של ספקי תשומות יצירתיות עשויה להימצא בה. אלה הם דברי חקיקה, אשר מעניקים לאותו סוג של יוצרים ו/או מבצעים זכות ל"גמול ראוי" בגין שימושים מסוימים, אשר צדדים שלישיים עושים במוצר התקשורת המוגמר. כך, לדוגמה, סעיף 3א(א) לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, מעניק למבצע זכות לתמלוגים ראויים על השמעה או הצגה של ביצוע. זכות זו היא זכות הנתונה במישרין למבצע, כלפי אותו צד שלישי המשמיע או המציג את הביצוע, והיא זכות אשר איננה תלויה במערכת היחסים החוזית בין המבצע ובין מפיץ מוצר התקשורת שבו כלול הביצוע. סעיפים 3א(ב) ו-3א(ג) לחוק מוסיפים וקובעים, כי התמלוגים ישולמו לארגון תמלוגים המייצג את המספר הגדול ביותר של מבצעים ובעלי זכויות מבצעים, כשארגון זה אחראי להעביר את התמלוגים גם למבצעים ובעלי זכויות מבצעים אשר אינם חברים בארגון. דוגמה נוספת מצויה בסעיף 4 לדירקטיבה האירופית בעניין זכויות השכרה והשאלה.<sup>90</sup> סעיף זה מקנה ליוצרים ולמבצעים, אשר השתתפו בהפקת רשומת קול או הפקת יצירה אודיו-ויזואלית, זכות בלתי לויתור לתמלוגים ראויים בגין השכרת עותקים של מוצר התקשורת המוגמר, כשגם זכות זו עשויה להיות מנוהלת באמצעות אגודה לניהול משותף של זכויות מטעם אותו סקטור יצירתי. גם בהקשר זה מדובר בזכות לתמלוגים, אשר נתונה במישרין לספקי התשומות היצירתיות, כלפי אותו צד שלישי המשכיר עותקים של מוצר התקשורת המוגמר, ואשר איננה תלויה במערכת היחסים החוזית בין ספק התשומות היצירתיות ובין מפיץ מוצר התקשורת.

סוג שני של הסדרי חקיקה מתייחס להוראות חוק כלליות יותר, אשר מטרתן להבטיח את חלקו הראוי של יוצר בעוגת התמלוגים הנצמחת ממוצר תקשורת שהיוצר תרם להפקתו. כך, לדוגמה, חוק זכויות היוצרים הגרמני משנת 1965<sup>91</sup> כולל את הוראות החוק האלה: סעיף 31(4) לחוק קובע כלל בלתי ניתן להתנאה על פיו אין אפשרות להעניק הרשאה ו/או

90. ראו: Council Directive 92/100/EEC of November 19, 1992 on Rental Right and Lending Right and on Certain Rights Related to Copyright in the Field of Intellectual Property, OJ 1992 L346/61.

91. ראו הנוסח באנגלית של חוק זכויות היוצרים הגרמני משנת 1965 - Law on Copyright and Neighboring Rights (Copyright Law) WIPO - World Intellectual Property Organization (להלן: חוק זכויות היוצרים הגרמני) כפי שזה מופיע באתר: [URL: http://www.wipo.int/clea/en/]

זכות בנוגע לסוגי שימושים אשר במועד מתן ההרשאה טרם היו ידועים; ואילו סעיף 36 (הידוע כ- bestseller clause), קובע כלל על פיו כאשר קיים פער ממשי בין התמורה אשר יוצר קיבל כנגד מתן הרשאה, ובין פרות ההכנסה מן השימוש ביצירה, אזי ליוצר נתונה זכות משפטית, בלתי ניתנת לווייתור, לדרוש את חלקו הראוי מן ההכנסות בפועל שהיצירה הצמיחה.

באחרונה הלך המשפט הגרמני אף צעד אחד נוסף וגיבש מתכונת חקיקה רחבה ומקיפה הרבה יותר, אשר מבקשת לכלול שיקולי צדק, הגינות ושיקילות בחלוקת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצר התקשורת המוגמר. תיקון לחוק זכויות היוצרים הגרמני מ-1 במרץ 2002 מקנה ליוצרים זכות בלתי ניתנת להתנאה ל"גמול ראוי" (equitable remuneration) כנגד התקשרות חוזית העוסקת במתן הרשאה להשתמש ביצירותיהם (סעיפים 32, 32A, 32B לחוק המתוקן).<sup>92</sup> תיקון חוק זה מיועד להתמודד במישרין עם עמדת הנחיתות ויחסי הכוחות הלא שוויוניים, אשר קטגוריות מסוימות של יוצרים ומבצעים עשויים להימצא בה.<sup>93</sup> תיקון החוק קובע שני כללים מנחים, והם: (1) ליוצר נתונה זכות משפטית לפעול לשינוי שיעור התמורה הכספית המגיעה לו כאשר שיעור התמורה שנקבע הוא במובהק בלתי יחסי לערך הכלכלי הטמון ביצירה ובפוטנציאל השימושים שלה;<sup>94</sup> (2) על אף האמור לעיל, יוצר לא יוכל לפעול לשינוי שיעור התמורה הכספית המגיעה לו כאשר שיעור התמורה נקבע בהתבסס על: "a common remuneration standard or a collective (labor) agreement".<sup>95</sup> בהמשך לכך, סעיף 36 לתיקון החוק מכיר מפורשות במעמד אגודות יוצרים כארגון יציג לקביעת אמות מידה של "גמול ראוי" במהלך משא ומתן עם משתמשים או עם ארגונים יציגים מטעמם. בהקשר זה, נדמה כי הנהת המוצא של המחוקק הגרמני הייתה כי "כללי רקע" משפטיים אלה, והיכולת לפתוח מחדש התקשרויות חוזיות, אשר אינן מקיימות את דרישת ה"גמול הראוי", יספקו מסגרת משפטית המבטיחה חלוקה צודקת והוגנת של עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצר תקשורת מוגמר, לרבות באמצעות משא ומתן צופה פני עתיד שארגונים יציגים מנהלים.

92. ראו: The German Law on Strengthening the Contractual Position of Authors and Performers of March 22, 2002, published in the Official Journal (Bundesgesetzblatt) Part I, No. 21 of March 28, 2002 and, according to its Art. 3, effective on July 1, 2002, essentially forms an Amendment of the German Copyright Law of September 9, 1965 (as amended through December 13, 2001) (An English version arranged and translated by Professor A. Dietz appears at IIC (2002), 842-848 William Cornish, "The Author as Risk-Sharer", 26 Colum.-VLA J.L. & Arts (2002) 1; Karsten M. Gutsche, "New Copyright Contract Legislation in Germany: Rules on Equitable Remuneration Provide 'Just Rewards' to Authors and Performers", *E.I.P.R.* (2003) 366.

93. ראו, לעניין זה את המקורות הנזכרים לעיל, בהערה 88.

94. ראו, סעיף 32A לתיקון.

95. ראו, סעיף 32A(4) לתיקון.

מסגרת הדיון המוגבלת של המאמר אינה מאפשרת לי לבחון באופן פרטני וביקורתי כל אחד מן ההסדרים האמורים ליתרונותיהם ולחסרונותיהם, ואולם החשוב לענייננו, הוא כי כאשר משווים בין הסדרים חקיקתיים מסוג זה ובין האופן שבו אגודות לניהול משותף של זכויות נוהגות לאכוף יעדים סקטוריאליים-הלוקתיים, נדמה כי אפיק הסדרי החקיקה הפרטניים עשוי ליהנות מכמה יתרונות:

יתרון ראשון טמון בעובדה כי בדרך כלל הסדר חקיקתי פרטני צפוי להעניק לאותה קטגוריית יוצרים ו/או מבצעים אך ורק זכות כספית-אובליגטורית (ex-post) לתמלוגים ולא זכות קניינית (ex-ante) המאפשרת למנוע מראש את השימוש במוצר התקשורת המוגמר, אשר התשומה היצירתית משולבת בו.<sup>96</sup> מאפיין זה צפוי למתן לפחות חלק מן הכשלים, אשר נסקרו בחלקים ג-ד למאמר, בהתייחס לנסיבות שבהן אגודה לניהול משותף של זכויות עלולה לנצל לרעה את כוח הווטו הנתון בידיה בנוגע לזכות השימוש באותה תשומה יצירתית המשולבת במוצר תקשורת מוגמר.

יתרון שני מתייחס לכך שהסדרי חקיקה פרטניים ניתנים לעיצוב באופן המצמצם את תחולתם אך ורק להקשרים המתאפיינים ביחסי כוחות בלתי שוויוניים בין ספקי תשומות יצירתיות ובין מפיקים ותאגידי תקשורת (ולכן לחלוקה לא הוגנת של ההטבות הכספיות המגולמות במוצר התקשורת המוגמר). כך מוסר החשש, אשר צוין בחלק ה.2. (ב) למאמר, שהכשל החלוקתי, אשר הוביל להתארגנות סקטור יצירתי מסוים באגודה לניהול משותף של זכויות, אין בו כשהוא לעצמו כדי לנבא, וכך גם אין בו כדי לצמצם את האופן שבו הכוח והעצמה, המוחזקים בידי האגודה, ינוצלו ויופעלו הלכה למעשה.

יתרון שלישי נעוץ בעובדה שלפחות בחלק מן המקרים, הסדרים חקיקתיים פרטניים, כגון סעיף 3א לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, מגדירים ותוחמים מפורשות את תפקיד אגודת ניהול הזכויות באכיפת אותה זכות פרטנית ל"תמלוגים ראויים" המוכרת על פי אותו הסדר חקיקתי. תיחום כאמור של תחומי הפעילות המיועדים לאגודת ניהול הזכויות צפויים לצמצם צמצום של ממש את אותם חששות וגזקים אשר נסקרו בחלקיו הקודמים של המאמר בנוגע לפעילותן של האגודות.<sup>97</sup>

96. במונחים של Calabresi ו-Melamed, מדובר ב"כלל אחריות" ולא ב"כלל קניין". ראו: Guido Calabresi and A. Douglas Melamed, "Property Rules, Liability Rules, and Inalienability: One View of the Cathedral", 85 *Harv. L. Rev.* (1972) 1089.

97. ובהקשר זה ההסדרים החקיקתיים אשר נסקרו קודם לכן אכן מעוררים את השאלה, אם יש מקום לכך שבהסדרים חקיקתיים כאלה תיקבע גם רשימה סגורה של סוגי משתמשים, אשר מהם ניתן לגבות תמלוגים ראויים כאמור. אם וככל שלנגד עיני המחוקק עומדים שיקולים חלוקתיים, אזי יש מקום לכך, ששיקולים אלה יעסקו לא רק בעצם הגמול הראוי, המגיע לסקטור יצירתי מסוים, אלא גם במתכונת הנאותה לפיזור עלות הנשיאה בגמול כאמור. ובהקשר זה, ניתן לחשוב על מודלים, שעל פיהם חובת תשלום התמלוגים, בגין שימושים במוצרי תקשורת מוגמרים, תיוחד לגופים בעלי יכולת פיזור טובה בקרב כלל הציבור הרחב, כגון גופי שידור המתזיקים ברישיון, או זיכיון מכוח החוק, היתרון המרכזי הטמון במתכונת הסדרה זו נובע מן היכולת לצמצם את העלויות, המגבלות והמכשלות, בתחום התקשורת,

על רקע האמור ניתן לגרוס, כי שקילת שיקולים של צדק, הגינות ושקילות בשעת חלוקת עוגת ההטבות הכלכליות הטמונה במוצרי תקשורת, ראוי שתיעשה באמצעות הסדרים חקיקתיים פרטניים. הסדרים אלה עדיפים ממתן הכשר כללי לפעילותן של אגודות לניהול משותף של זכויות מכות דיני הגבלים העסקיים. אכן, גם אותם הסדרים חקיקתיים פרטניים צפויים להקנות לאגודות לניהול משותף של זכויות תפקיד סקטוריאלי-חלוקתי כמוסד אשר מוציא לפועל, בשם ציבור היוצרים ו/או המבצעים שהוא מייצג, את הזכויות המוקנות באותו הסדר חקיקתי פרטני. ובכל זאת מדובר בתפקיד תחום וגדור לשם אכיפתו של יעד חלוקתי מוגדר כפי שקבע אותו המחוקק הראשי.

לא נותר לי אלא לסיים ולציין, כי הדין הישראלי כיום אינו כולל הסדרים חקיקתיים רחבים ומקיפים דיים, המספקים פתרון כולל לסוגיית הגמול הראוי המגיע ליוצרים ולמבצעים בגין חלקם ותרומתם להפקת מוצרי תקשורת. ומכאן עולה השאלה, מה צריכה להיות עמדת דיני ההגבלים העסקיים בהיעדר הסדרים חקיקתיים מפורשים כאמור. ככלל, עמדתי היא כי יש לתמוך בחלוקה צודקת והוגנת של ההטבות הכלכליות הטמונות במוצר תקשורת, בקרב כל מי שתרמו להפקתו. עם זאת, נראה לי כי על פי דיני ההגבלים העסקיים הקיימים טמון קושי בהתרת פעילות חלוקתית-סקטוריאלי של אגודות לניהול משותף של זכויות.

## ז. סיכום

מטרתי המרכזית במאמר הייתה כפולה. ראשית, ביקשתי להראות כי אין הצדקה כלכלית משכנעת להתיר את פעילותו של חלק ניכר מן האגודות לניהול משותף של זכויות, ובפרט אגודות המייצגות יוצרים ומבצעים שהם בגדר ספקי תשומות יצירתיות. שנית, ביקשתי לעמוד על התפקיד החלוקתי-סקטוריאלי שממלאות, הלכה למעשה, אגודות לניהול משותף. ניסיתי להראות, כיצד אגודות לניהול משותף של זכויות מספקות וממסדות מסגרת סקטוריאלי, כוח ומבנה שוק המאפשרים לקטגוריות יוצרים ו/או מבצעים, שהאגודות מייצגות, לקבל נתח גדול וראוי יותר מ"עוגת התמלוגים" הטמונה בשימושיו השונים של מוצר תקשורת. האגודות מבקשות לתת מענה ליחסי הכוחות הלא שוויוניים המאפיינים, לפחות בחלק ניכר מהמקרים, את מערכת היחסים בין מפיקים ותאגידי תקשורת ובין יוצרים ומבצעים המשתתפים בהפקתו של מוצר תקשורת. חלקה של המאמר אף סקר שורה של שיקולים המלמדים על החשיבות והערך של חלוקה שקולה והוגנת של עוגת ההטבות הכלכליות, הטמונה במוצר תקשורת מוגמר, בין מכלול היוצרים והמבצעים אשר נטלו חלק בהפקתו. במישור הדין הרצוי, אין לי ספק שזהו יעד אשר יש לשאוף להשגתו. עם זאת, כעולה מן האמור בחלק ו של המאמר, קושי רב טמון בכך שדיני ההגבלים העסקיים יכשירו פעילות של אגודות לניהול משותף של זכויות, אשר עולה כדי הסדר כובל, כאשר

הביטוי והיצירה, המוטלים על "שחקנים קטנים" – יוצרים נוספים ומשתמשים ברפרטואר היצירות הקיים – ובתרומה הגלומה בכך מבחינת כיבוד עקרון חופש הביטוי. לפחות מזווית ראייה חלוקתית, נדמה כי זהו שיקול אשר ראוי להתחשב בו.

מטרת האגודות היא לקדם יעדים סקטוריאליים-חלוקתיים. דרך המלך בהקשר זה היא הסדרים חקיקתיים פרטניים, אשר מיועדים לטפק כללי רקע משפטיים שיאפשרו ליוצרים ולמבצעים לקבל גמול ראוי בגין חלקם ותרומתם למוצר התקשורת המוגמר. דברי חקיקה כאלה אף צפויים להגדיר במפורש את המעמד והתפקיד אשר צפוי להיות לאגודות לניהול משותף של זכויות מטעם אותם יוצרים ומבצעים. יש לקוות כי בעתיד הקרוב גם הדין הישראלי יפעל לאימוץ הסדרים חקיקתיים, רחבים ומקיפים דיים, שיספקו פתרון כולל וגמול ראוי ליוצרים ולמבצעים בגין חלקם בהפקת מוצרי תקשורת.