

בעניין:

תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל
בע"מ
ע"י ב"כ עוה"ד דרור שטרם ו/או אהרון נחומי
מרחוב רמת ים 12, הרצליה 46851
טל': 09-9572119; פקס: 09-0579114



- נ ג ד -

הממונה על הגבלים עסקיים
מרח' עם ועולמו 4, ירושלים
באמצעות ב"כ עוה"ד יעל שיינין ו/או טובי הריס
טל': 02-5458500; פקס: 02-5458555

(הממונה")

שידורי קשת בע"מ

באמצעות ב"כ עוה"ד רון גזית, רוטנברג ושות'
משדרות רוטשילד 46, תל אביב 66883
טל': 03-7111711; פקס: 03-7111700

(המתנגדת")

התנגדות לאישור הסדר כובל

שידורי קשת בע"מ ("קשת") מתכבדת בזאת להגיש לבית הדין הנכבד את התנגדותה לבקשת תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ ("תל"י") לאישור הסדר כובל.

קשת רואה בעצם קיומה של תלי חשיבות רבה כמנגנון שיבטיח שכר ראוי ותמלוגים. הסדרת פעילותם של התסריטאים והבימאים, במסגרת תלי ראויה אך דורשת קיומם של תנאים מסוימים, הנדרשים במסגרת אישור ההסדר "לטובת הציבור", כמשמעות הדבר בסעיפים 9 ו-10 לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1988 ("חוק ההגבלים העסקיים").

כל ההדגשות, אלא אם צוין אחרת, אינן במקור.

א. עמדת קשת בתמצית

1. כאמור, קשת אינה מתייצבת לדיון זה על-מנת להתנגד להמשך קיומה ופעילותה של תלי.
2. קשת, כמו התסריטאים והבימאים, מחויבת ליצירה העברית. כפי שאפשר ללמוד מהסכומים אותם משקיעה קשת מדי שנה בהפקות מקור בכלל ובסוגה עלית בפרט ומהמאמצים הבלתי נלאים שהיא עושה על מנת להביא את היצירה העברית אל מרכז המסך.
3. קשת רואה ביוצרים שותפים בעשייה וביצירה. בין קשת ובין היוצרים רב המאחד על המפריד וקשת רואה חשיבות גדולה בטיפוחם של היוצרים וקידומם. זוהי עמדתה הבסיסית של קשת ומשום כך אין כוונתה להתנגד לקיומה או פעילותה של תלי כשלעצמה.
4. עם זאת, קשת סבורה כי יש להציב שורה של תנאים לפעילותה של תלי, על מנת להציב את תלי במקום דומה למקומן של אקו"ם והפדרציות לתקליטים. יצוין גם כבר בפתח הדברים,

כי חלק מהתנאים הנדרשים אינם אלא תנאים שנקבעו כבר לאקו"ם ולפדריציה לתקליטים, וחלק מהתנאים הנדרשים תואמים, למיטב הידיעה, את הדרך בה פועלת תלי ממילא כיום, אך עדיין יש מקום לעגנם שכן סטייה מאותה דרך במהלך תקופת האישור תסתור את טובת הציבור.

5. בבקשת האישור מנסה תלי להשוות עצמה לאקו"ם והפדריציות לתקליטים. לטענת תלי, כפי שבית הדין הנכבד אישר את התאגדותם של המלחינים, המחברים, המו"לים וחברות התקליטים תחת הסדר כובל – כך גם יש לאשר התאגדות הבימאים והתסריטאים (שם, סעיף 6).

6. ואולם החסדר שבפנינו שונה בתכלית מהחסדרים שאישר בית הדין הנכבד בעניין אקו"ם והפדריציות ונסיבותיו היחודיות מצריכות דיון מתאים.

7. אקו"ם והפדריציות לתקליטים יצרו מנגנון שמאפשר למפיק או גוף שידור, בשלב ההפקה, לשלב בתוכנית המופקת יצירות שיצרו כבר בעבר מלחין, תמלילן, או חברת תקליטים, וזאת אפילו ללא צורך בהתקשרות אינדיבידואלית עם היוצר. בשלב ההפקה, כשקשת מעוניינת לשלב יצירה מוסיקלית בתוכנית, אין לה כל צורך להתקשר באופן אינדיבידואלי עם המלחין, המחבר או חברת התקליטים. כל שקשת צריכה לעשות הוא לבדוק אם היצירה הרלבנטית נכללת ברפרטואר אקו"ם או הפדריציות. לצורך כך, מקבלת קשת מאקו"ם והפדריציות "רישיון שמיכה", המכסה את כל היצירות שמחזיקות אקו"ם והפדריציות עבור חבריהן.

8. "רישיון השמיכה" הוא לכן כלי יעיל, מכיוון שהוא גם חוסך כבר בשלב ההפקה את הצורך להתקשר עם כל אחד ואחד מהמלחינים, המחברים או חברות התקליטים וגם מאפשר בכך הפקת תוכנית טלוויזיה עשירה מאוד במוסיקה של מגוון יוצרים.

9. תלי, בשל אופי היצירות שהיא מנהלת – תסריטים ובימוי – אינה מציעה שירות דומה לזה של אקו"ם או הפדריציה. כשמפיק או גוף שידור רוצה להפיק תכנית טלוויזיה, הוא אינו יכול לעיין ברפרטואר תלי ולבחור "עבודת בימוי" לתכנית. הוא גם אינו יכול לעיין ברפרטואר תלי ולבחור מערכון שיתאים לתכנית מערכונים שלה. לתלי, בפשטות, אין רפרטואר מדף של יצירות זמינות לשילוב בתוכנית.

10. לפיכך, גוף השידור או המפיק מחויבים ממילא לכרות הסכם אינדיבידואלי עם כל בימאי ותסריטאי המשתתף בהפקה. תלי אינה חוסכת את הצורך בהתקשרות זו ואינה יוצרת מנגנון שמאפשר להעשיר כל תוכנית בשלל תסריטים או "עבודות בימוי" מן המוכן. זהו הבדל דרמטי כמובן לעומת מקרי אקו"ם והפדריציות.

11. תלי, שכאמור אינה מביאה להפקה יצירה מן המוכן, נכנסת לתמונה במסגרת ההסכם האינדיבידואלי שבין המפיק או גוף השידור לבין התסריטאי/בימאי. תלי פועלת לכך, שבהסכם מול התסריטאי/בימאי, יקבע שהיצירה אותה יצור התסריטאי או הבימאי במסגרת הסכם אינדיבידואלי זה שנכרת עמו, לא תעבור לבעלות המזמין – המפיק או גוף השידור – אלא דווקא לידיה תלי לצורך גביית תמלוגים.

12. בכך יוצרת תלי מצב בו הזכויות בתוכנית הטלוויזיה שהופקה, מתפזרות לידי בעלים שונים: המפיק או גוף השידור הם הבעלים של התוכנית בכללותה, אך תלי היא שמחזיקה בתסריט ובעבודת הבימוי, שהן חלק אינהרנטי מן התוכנית, לצורך גביית תמלוגים.

13. כעת, משהיא מחזיקה בזכויות, תלי קובעת וגובה עבור כל חבריה תמלוגים כבר מהשידור הראשון אצל אותו גוף משדר, שמלכתחילה הפיק את התוכנית ושילם לתסריטאי ולבימאי.

בכך נוצרת הפרדה מלאכותית בין הזמנת התסריט או עבודת הבימוי לבין שידורה של תוכנית הטלוויזיה, שהוא הרי הפעולה לשמה התקשר מלכתחילה הגוף המשדר עם התסריטאי/בימאי באופן אינדיבידואלי.

14. ועוד שני עניינים יש לדייק כבר בפתח הדברים בנוגע למהות פעילותה של תלי:
15. **ראשית**, תלי מבקשת להזגיש בבקשת האישור את חשיבותה, לשיטתה, כמי שזואגת שתסריטאים ובימאים יקבלו תמורה נאותה עבור השתתפותם בהפקות. ואולם יש לדייק ולומר שבהיבט זה תלי פועלת **במקביל** למחוקק ולרגולטורים, אשר כבר פעלו בכלים אחרים להבטיח שבישראל יהיה היקף גדול של יצירה טלוויזיונית מהסוגה העילית – דרמה, תעודה ותוכניות מיוחדות – תוך הבטחה קונקרטיית של תנאים הולמים להשתתפותם של בימאים ותסריטאים בהפקות.
16. **שנית**, בניגוד למקרי אקו"ם והפדרציה לתקליטים, תלי וחבריה פעלו ופועלים להבטיח לתלי בלעדיות בשוק: קרי, **שכל** יצירת תסריט ובימוי בישראל תנוהל על-ידי תלי, **ושרק** תלי תעניק רישיונות לשימוש ביצירות (ולא התסריטאי או הבימאי האינדיבידואלי). נסביר – התמלילנים, המלחינים וחברות התקליטים אינם מכתיבים לכל חברי אקו"ם והפדרציה דרישה כי **כל** התקשרות עם גוף משדר בנוגע ליצירתם תהיה רק באמצעות האגודה. ואכן, בפועל, גופי שידור בישראל יכולים ורוכשים בפועל ישירות מהיוצרים זכויות שימוש ואף זכויות בעלות ביצירות מוסיקליות.
- לעומת זאת, תלי וחבריה פעלו באופן מאורגן, על-מנת להבטיח שלא יהיה בישראל הסכם עם תסריטאי ובימאי שבו היוצר נותן **בעצמו** למפיק או לגוף השידור רישיון שימוש ביצירתו או מעביר לידיהם את הבעלות ביצירה.
17. אנו סבורים, שמכל האמור לעיל עולה בבירור תמונה מורכבת ושונה מאוד ממקרי אקו"ם והפדרציה לתקליטים. תלי אינה מספקת שירות דומה לזה שמספקות אקו"ם והפדרציה לתקליטים, ויש בפעילותה היבטים ברורים העולים כדי "כבילה עירומה" של התאגדות תסריטאים ובימאים לקביעה באופן מרוכז ואחיד של תנאי ושל מחיר ההתקשרות עמם לשם השתתפותם בהפקת יצירה טלוויזיונית.
18. לאור זאת, שידורי קשת אמנם סבורה שיש חשיבות בהמשך פעילות תלי, אך יש הכרח "לחלץ" את תלי מתחום הכבילות העירומות ולוודא, באמצעות תנאים מתאימים, כי ההתאגדות של התסריטאים והבימאים אכן תפעל לטובת הציבור בהתאם להוראות חוק ההגבלים העסקיים. התנאים הללו יפורטו להלן במסמך זה. חלק מהתנאים, כאמור, אינם אלא עיגון של הדרך בה פועלת תלי ממילא כיום. אחרים הינם תנאים שנקבעו כבר לאקו"ם ולפדרציה והם נדרשים גם במקרה תלי. על כל אלה נוספים תנאים שנדרשים בשם לב לנסיבות המיוחדות של תלי (בהשוואה לאקו"ם ולפדרציה לתקליטים) על-מנת שלא ימצא התסדר ככזה הכולל כבילות עירומות מובהקות.

תוכן עניינים

- א. עמדת קשת בתמצית 1
- ב. הצדדים להליך ומעמדה של קשת כמתנגדת בהליך 5
- ג. העובדות הדרושות לעניינו 5
- ג.1. על "יוצר הסדרה", על בימאים ותסריטאים אחרים ועל היקף הקרטל של תלי 5
- ג.2. עבודת הבימאי והתסריטאי וההתקשרות עמם 6
- ג.3. תנאי ההתקשרות עם בימאים ותסריטאים והתמורה המשולמת להם 7
- ג.4. ההתקשרות האישית עם כל תסריטאי ובימאי 8
- ג.5. פעילותה של תלי והשפעתה על שוק הטלוויזיה 9
- ג.6. תהליך הקמת תלי 10
- ג.7. "רישיון השמיכה" של תלי – שותף נוסף להכנסותיו של גוף השידור 11
- ג.8. המערכת החוקית התומכת ביוצרים בכלל ובתסריטאים ובימאים בפרט 12
- ד. ההסדר הוא הסדר כובל לכל דבר ועניין 13
- ה. ההסדר הכובל ושאלת "לטובת הציבור" - מבוא 15
- ו. היקף הכבילות שבהסדר הכובל – תלי לעומת אקו"ם והפדרציות לתקליטים 16
- ו.1. הכבילה שמבטיחה שכל יצירותיהם של תסריטאים ובימאים יועברו לתלי 16
- ו.2. בחירתם של תלי וחבריה שלא לפנות אל המחוקק אלא להקים הסדר כובל 17
- ז. ההסדר הכובל וטובת הציבור – תלי לעומת אקו"ם והפדרציות לתקליטים 18
- ז.1. תלי ושאלת החסכון בעלויות עסקה בזכות "רישיון שמיכה" 18
- ז.2. תלי ו"הגדלת עוגת היצירה" 21
- ז.3. תלי ו"עוגת היצירה" של יוצרי סדרות השוקדים על פיתוח ראשוני של רעיונות 22
- ח. אישור ההסדר הכובל בתנאים 24
- ח.1. הפסקת כל פעילות של תלי וחבריה שמטרתה להבטיח שבכל הסכם עם תסריטאי ובימאי יכלול "סעיף תלי" 24
- ח.2. אי-גביית תמלוגים בגין שידורים ראשוניים של תוכנית שהפיק או הזמין גוף שידור 25
- ח.3. תלי לא תייצג תסריטאים ובימאים בנוגע לתוכניות שהופקו בחו"ל ולא תייצג תסריטאים או בימאים ישראלים ביחס לשימוש בתוכניות בחו"ל 26
- ח.4. פעילות תלי תוגבל לגביית תמלוגים בלבד בהתאם לשימוש בפועל ביצירות 26
- ח.5. תנאים נוספים במתכונת התנאים שנקבעו לפעילות אקו"ם 27
- ט. סיכום 28

ב. הצדדים להליך ומעמדה של קשת כמתנגדת בהליך

19. תלי היא חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל. תלי, לפי האמור בבקשתה, מאגדת לא פחות מ- 1,639 תסריטאים ובימאים. תלי מחזיקה בזכויות תביעות הפומבי, זכויות השידור, זכויות ההשכרה וזכויות ההעמדה לרשות הציבור של חבריה ("זכויות תלי") במטרה לשווק רישיון שימוש במכלול היצירות של חבריה.
20. קשת היא בעלת זיכיון לשידור בערוץ השני, שהוקם לפי הוראות חוק הרשות השנייה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990. קשת היא אחד מעמודי התווך של תעשיית היצירה הישראלית: היא משקיעה כ- 250 מיליון ש"ח מדי שנה בהפקת תכניות טלוויזיה, בעצמה או באמצעות רכש מחברות הפקה עצמאיות; היא משקיעה הון חסר תקדים בפיתוח הקולנוע הישראלי; היא מפיצה ומשווקת תוכן מקורי ישראלי ברחבי העולם; היא מפתחת פורמטים טלוויזיוניים, תסריטים, סרטי קולנוע וסדרות ומהווה מקור תעסוקה יציב וקבוע לאלפי בימאים, תסריטאים, שחקנים, מפיקים ויוצרים, מכל הז'אנרים והסוגים.
21. מטרת בקשת האישור היא להכשיר הסדר כובל הפועל כבר בשוק מזה למעלה מעשור. מטרת ההסדר היא לאפשר לחברי תלי לקבוע באופן קולקטיבי את תנאי ההתקשרות עםם ואת התמורה שישלם גוף השידור לכל אחד ואחד מחברי תלי בגין השימוש ביצירותיהם.
22. ברי אפוא כי קשת עלולה להיפגע מאישור ההסדר ועל כן היא זכאית להציג את התנגדותה לפי סעיף 8ב' לחוק ההגבלים העסקיים¹.

ג. העובדות הרלוונטיות לענייננו

ג.1. על "יוצר הסדרה", על בימאים ותסריטאים אחרים ועל היקף הקרטל של תלי

23. בקשת האישור מספרת את קורותיו של "יוצר הסדרה" ומגוללת את שלב "פיתוח הסדרה" הראשוני. המדובר על התסריטאי שמתחיל "מאפס", מדף נייר ריק, ומבצע את שלב הפיתוח הראשוני של תוכנית. ולא סתם תוכנית, אלא דווקא יצירה דרמטית (סדרת דרמה או סרט קולנוע) או יצירה תיעודית (סרט או סדרת תעודה). בשלב זה הוגה התסריטאי את קווי העלילה העיקריים, מגדיר את הדמויות הראשיות וכיו"ב. בשלב זה לא נכתב עדיין התסריט – לכל היותר, ייכתב תסריט לפרק ניסיון ("פילוט").
24. אך יש להדגיש: בניגוד למשתמע מבקשת האישור, מאגר היצירות של תלי מקיף שלל תכניות מז'אנרים שונים – לא רק יצירות דרמטיות ותיעודיות. כמו כן, תלי מייצגת שלל תסריטאים ובימאים – לא רק "יוצרי סדרות" – אלא בעלי תפקידים אחרים בהפקה. נפרט להלן.
25. מלבד יצירות דרמטיות ותיעודיות, מופקות ומשודרות תוכניות רבות נוספות בהן פועלים תסריטאים ובימאים: בידור, "טלנובלות", ריאליטי, אקטואליה, מוסיקה, מערכונים וכיו"ב. בתוכניות אלה אין כלל "יוצר סדרה" (לפחות לא במובן אליו מתייחסת תלי בבקשת האישור).

¹ ראת, למשל: הי"ע (ירושלים) 4630/01 בנק לאומי לישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תק-מת 2002(4), 1033 (2002), שם נקבע כי לקוחה הקשור בהסכם עם הצדדים להסדר הכובל עלול להיפגע אם ייקבע במסגרת ההסכם מחיר גבוה מדי (שם, פסקה 11).

26. גם אם נתמקד ביצירות הדרמטיות והתיעודיות דווקא, נגלה שמלבד "יוצר הסדרה", פועלים בהפקה בימאים ותסריטאים נוספים. כך לדוגמה, בימאי של סדרת דרמה יכול להצטרף אליה בשלבים המתקדמים של ההפקה, אחרי ששלב הפיתוח הסתיים זה מכבר; הבימאי מגיע לביים פרק או פרקים לפי תסריטים שכבר נכתבו. בנוסף, אל "יוצר הסדרה" יכולים להצטרף לאחר שלב הפיתוח תסריטאים נוספים, שיסייעו ויתרמו להשלמת המלאכה.
27. למקרא בקשת האישור ניתן לחשוב כאילו תלי פועלת ודורשת זכויות ותמלוגים רק ביחס ל-"יוצר הסדרה" ורק ביחס לאותן יצירות דרמטיות ותיעודיות המתאפיינות בשלב של "פיתוח הסדרה" ובתרומה חשובה לתרבות הישראלית.
28. אין זה המצב. תלי פועלת להשיג זכויות ותמלוגים בכל סוגי ההפקות הטלוויזיוניות ועבור כל חבריה. לא רק במקרה של תוכנית דרמה או תעודה ולא רק עבור "יוצר סדרה", שהשקיע מזמנו ומרצו עוד טרם הגיע להסכם כלשהו עם גוף השידור או עם המפיק. תלי פועלת להשיג לחבריה זכויות ותמלוגים בכל תוכנית טלוויזיה ועבור כל חבר וחבר, לרבות, לדוגמה, זכויות ותמלוגים לבימאי שנקרא לביים את אחד מערבי השידור של תוכנית ריאליטי תמורת תשלום עבור משמרת בימוי או עבור השתתפות בהפקה כפי שמקבלים כל שאר בעלי התפקידים בהפקה, דוגמת הצלמים והתפאורנים.
29. למעשה, יתכן אפילו שהזכויות של "יוצרי סדרות" דרמה ותעודה הן המיעוט של הזכויות בהן מטפלת תלי, ואילו עיקר פעילותה בהפקות טלוויזיה אחרות ובתסריטאים ובימאים שכלל אינם "יוצרי סדרה".

II.ג. עבודת הבימאי והתסריטאי וההתקשרות עמם

30. נפנה כעת לתיאור תהליך ההתקשרות והעבודה האופייני מול תסריטאים ובימאים, תוך שנעמוד על הדומה והשונה בין תוכניות מסוגים שונים ובין תסריטאים ובימאים מסוגים שונים.
31. נתחיל מהתסריטאים והבימאים שאינם "יוצרי סדרה": תסריטאים ובימאים המבצעים עבודתם בהזמנה, על פי הסכם מובטח, בשלל תוכניות מז'אנרים שונים.
32. המדובר כאמור בחלק הארי של התסריטאים והבימאים העוסקים במלאכת היצירה האורקולית: תסריטאים ובימאים של תכניות בידור, ריאליטי, אקטואליה, מוסיקה, מערכונים וכיוצ"ב. מדובר גם על כל תסריטאי או בימאי המשתתף בהפקת סדרת דרמה או תעודה, אשר מצטרף להפקה לאחר שלב הפיתוח הראשוני.
33. התסריטאים והבימאים הללו מתחילים את עבודתם על ההפקה רק לאחר חתימת הסכם מול קשת או המפיק, תוך שהתשלום על עבודתם מוסכם ומובטח מראש בין אם התכנית תשודר לבסוף ובין אם לא. בימאי של תכנית ריאליטי – כמו "מאסטר שף" – מקבל תשלום על עבודתו, בין אם הסדרה שודרה ובין אם לא. תסריטאי של מערכון או קטע מעבר בתוכנית בידור מקבל תשלום על הכתיבה בין אם נעשה שימוש בטקסטים שכתב ובין אם לא.
34. נמשיך לתיאור העבודה ואופי ההתקשרות עם "יוצר הסדרה", שהוא התסריטאי-בימאי היחיד שעליו מדברת למעשה בקשת האישור.
35. "יוצר סדרה" אכן עוסק פעמים רבות בפיתוח ראשוני של הסדרה לפני שהגיע להסכם עם גוף משדר או מפיק, אשר מסכים לשלם לו עבור יצירתו (שעוד טרם נוצרה). עם זאת, לצורך הבנה מלאה של התהליך, ראוי לציין כי ככלל "יוצר הסדרה" אינו כותב את התסריטים

- לסדרה לפני שהוא מגיע להציע התקשרות לגוף השידור (ואם כך קרה, הרי שמדובר במקרה נדיר).
36. בשלב זה, של טרם התקשרות עם גוף שידור או מפיק, יוצר הסדרה שוקד על פיתוח ראשוני של קווי עלילה ראשיים ודמויות ראשיות, ואז, את תוצאת הפיתוח הראשוני, הוא מציע לגוף השידור (לבדו או ביחד עם מפיק שעמו כבר יצר קשר).
37. משהגיע "יוצר הסדרה" להסכם עם גוף השידור על הסדרה שהציע, נכרת בין הצדדים הסכם, ובו מובטחים ליוצר תנאים ותמורה, כפי שיפורט בהמשך.
38. על בסיס התקשרות זו, ממשיך "יוצר הסדרה" את פיתוחה, תוך עבודה ומעורבות גבוהה של אנשי מקצוע מצד קשת. לא מן הנמנע לציין, שבשלב עבודה אלה עוברים קווי היסוד של הסדרה שינויים רבים ביותר, עד כדי כך שהדימיון בין הרעיון הגולמי לבין הסדרה שמגיעה בסוף לשידור הינו, פעמים רבות, קלוש. בתוך תהליך זה, מתקדמים לבסוף גם לשלב כתיבת התסריטים – כל זאת, כאמור, כאשר התסריטאי כבר פועל במסגרת חוזית ושכרו מובטח לו.
39. יש להדגיש, שמהתיאור שהבאנו עולה הבדל מהותי בין "יוצר הסדרה" לבין שאר הבימאים והתסריטאים שמייצגת תלי: "יוצר הסדרה" הוא היחיד שעוסק ביצירת תוכנית הטלוויזיה לפני שהתקשר בהסכם (ובו תמורה מובטחת) עם גוף שידור או מפיק, ואילו שאר התסריטאים והבימאים, שאינם "יוצרי סדרה", עובדים לפי הסכם שנחתם מראש לפני תחילת עבודתם, כלומר רמת הסיכון שהם לוקחים על עצמם מבחינת הביטחון התעסוקתי, נמוכה.
40. בהבדל מהותי זה מכירה גם תלי: במסמך מדיניות התמלוגים של תלי (שצורף לבקשת האישור) משמש הבדל זה להצדקת הפער בחלוקת התמלוגים בין תסריטאים ובימאים מסוגים שונים:

"תסריטאי יכול לעבוד כמה שנים על תסריט לסרט קולנוע [...] לעומת זאת, כתיבת מערכון אורכת בין כמה ימים לשבוע, אין בה מרכיב של סיכון כיוון שמערכונים ברוב המקרים מוזמנים [...] במאי בתכנית מערכונים באולפן בדרך כלל ישקיע פחות זמן מהכותב ואלמנט הסיכון לא קיים כי העבודה תמיד מוזמנת" (עמ' 5).

נספח 1

למען הסדר הטוב, העמי' הרלבנטי מתוך מסמך מדיניות התמלוגים (שאותו צירפה תלי במלואו לבקשת האישור דנן) מצורף בזאת כנספח 1.

III.ג. תנאי ההתקשרות עם בימאים ותסריטאים והתמורה המשולמת להם

41. תנאי ההתקשרות עם בימאים ותסריטאים מעוגנים, כאמור, בחוזה אינדיבידואלי מול כל תסריטאי וכל בימאי המשתתף בהפקה.
42. קודם לתחילת פעילותה של תלי, נקבעו השכר ותנאי ההתקשרות עם בימאים ותסריטאים אך ורק באופן חופשי ואינדיבידואלי לפי תנאי השוק. עם זאת, יש מקום לציין שהתסריטאים והבימאים נעזרים בסוכנים המתמחים בדבר, שמייצגים אותם בכל מו"מ מסחרי מול מפיק וגוף השידור הסוכנים הללו (והם ספורים ביותר בשוק הישראלי) מנהלים את המו"מ עבור התסריטאי והבימאי מתוך ניסיון רב והיכרות רוחבית עם השוק כולו. מעבר לכך, במקרים מסוימים, בשלב זה כבר התקשר התסריטאי עם מפיק מנוסה, אשר מנהל את

המוי"מ עם גוף השידור לגבי תנאי הפיתוח וההפקה של הסדרה; המפיק משלם לתסריטאי עבור עבודת הפיתוח ואף מתחלק עמו ברווחי המפיק מהסדרה.

43. חריג להתקשרות החופשית בתנאי השוק, ללא קשר לפעילות תלי, הוא שכרם (ותנאים נוספים) של תסריטאים ובימאים המשתתפים בתוכניות "סוגה עילית" – דרמה, תעודה ותוכניות מיוחדות – נקבע בכפוף לתעריף מינימלי שמעוגן בהסכמים שחתמה קשת מול איגוד הבימאים ומול איגוד התסריטאים בהתאם לדרישת הרשות השנייה. איגודי הבימאים והתסריטאים הם האיגודים המקצועיים שחבריהם גם הקימו את תלי. כפי שעוד נפרט בהמשך, קשת נדרשה על-ידי הרשות השנייה לחתום עמם על הסכמים להסדרת תנאי שכרם ועבודתם בתוכניות הסוגה העילית, וזאת במסגרת הפעילות הרגולטורית של הרשות להבטחת פעילות נאותה של יצירה מקומית וישראלית. ההסכמים נחתמו לאחר מו"מ בין קשת לבין האיגודים, תוך שהצדדים מגיעים להסכמה ולא נדרשים אפילו למנגנון הברורות שהתקינה הרשות השנייה למקרה מחלוקת.

44. כאשר מדובר ב"יוצר סדרה", אזי, לפי ההסכם שבין קשת לבין האיגודים המקצועיים של התסריטאים והבימאים (וגם לפני ההסכם), זכאי היוצר לשלושה תשלומים:

44.1. היוצר מקבל תשלום "דמי פיתוח" עבור תהליך הפיתוח: על פי ההסכמים עם האיגודים המקצועיים, קשת התחייבה לשלם לתסריטאי דמי פיתוח בסך מינימלי של עשרות אלפי שקלים. קרי, התסריטאי מקבל תגמול על הזמן בו הוא שוקד על פיתוח הרעיון הגולמי שמובא לפתחה של קשת.

44.2. היוצר מקבל תשלום עבור כתיבת התסריטים: היוצר מקבל תשלום עבור כל תוכנית וכל פרק, והכל בכפוף לתעריף מינימום לכל תסריט, לפי סוגו ולפי משך התוכנית, שמפורט בהסכמים עם האיגודים המקצועיים.

44.3. היוצרים של תכניות מסוגה עילית זכאים לנתח מהכנסות "המסחור": על פי ההסכם עם איגוד התסריטאים, לתסריטאי יוצר סדרה ישולמו אחוזים מרווחי המשדר ממכירות לצדדים שלישיים. ואכן, כל הסכמיה של קשת עם מפתחי סדרה מקנים ליוצר נתח מסוים מהכנסות "המסחור" – מכירת זכויות שידור לערוצים בארץ ובעולם, מכירת זכויות להפקת "רימייק"², מכירת זכויות לפלטפורמות Video on Demand, וכיוצ"ב. החלוקה בהכנסות המסחור נקבעת באופן אינדיבידואלי מול כל יוצר ויוצר ומתבצעת בפועל על ידי קשת, שמדווחת ומשלמת ישירות ליוצר /או למפיק.

IV.ג. ההתקשרות האישית עם כל תסריטאי ובימאי

45. התסריטאים והבימאים אינם יוצרים לבדם, כמובן, תכנית טלוויזיה. כל תכנית טלוויזיה מורכבת משורה של יצירות מוגנות, וביניהן התסריט, הבימוי, הצילום וגם יצירות מוסיקליות.

46. לצורך שימוש ביצירה מוסיקלית שכולל גוף משדר (או מפיק) בתוכנית טלוויזיה, אין הגוף המשדר נדרש להגיע להסכם אינדיבידואלי עם המלחין, התמלילן וחברת התקליטים. הגוף

² "רימייק" (מאנגלית: Remake) הוא תיאור של יצירת אמנות ממדיה מסוימת, אשר מבוססת בעיקר על עבודה מוקדמת יותר, באותו המדיום.

המשדר יכול ליטול מן המוכן יצירות מוסיקליות שבניהול אקו"ם והפדרציות לתקליטים, ולהשתמש בהן מכוח הסכם השמיכה מול האגודות הרלוונטיות ליצירה המוסיקלית. הסכם שמיכה זה הוא היחיד הדרוש לשימוש ביצירה מוסיקלית הפקת התוכנית.

47. בה בעת, לגוף השידור יש גם את האפשרות לבחור **כן** להתקשר באופן אינדיבידואלי עם מלחין, תמלילן או חברת תקליטים, ולא לשלם לאגודה – אקו"ם או פדרציה לתקליטים – עבור הרישיון:

47.1. **ראשית**, גוף השידור יכול להתקשר בהסכם ליצירת לחן, תמליל או הקלטה מיוחדים **בהזמנתו** ולא להשתמש כלל ביצירה מתוך רפרטואר של האגודה. כך, אם גוף השידור מבקש להזמין יצירה מוסיקלית מקורית (כפי שהוא מזמין יצירה דרמטית מקורית), הוא ייתקשר באופן אינדיבידואלי עם המלחין, המחבר וחברת התקליטים – ובמקרה כזה הוא **לא יידרש** לרישיון מאקו"ם. בדומה, גוף השידור יכול להחליט לא להשתמש בהקלטה מוכנה של הפדרציה לתקליטים, אלא להקליט בעצמו ביצוע של היצירה המוסיקלית (לדוגמה ביצוע "חי" באולפן) ואז אין צורך כמובן ברישיון מהפדרציה לתקליטים.

47.2. **שנית**, גם בכל הנוגע לשימוש ביצירה מוכנה, שכבר נמצאת ברפרטואר של אקו"ם או של פדרציה לתקליטים, עדיין ישנה אפשרות להתקשר עם חברי האגודות ולקבל מהם רישיון. זאת לפי תנאי אישורי ההסדרים הכובלים של אקו"ם ושל הפדרציה.

48. **מכל מקום, לצורך התסריט או עבודת הבימוי, אין גוף השידור יכול לעולם להסתפק בהסכם שמיכה מול תלי: לתלי אין רפרטואר של תסריטים או "עבודות בימוי" שמונחים על המדף לשימוש בהפקות טלוויזיה. כל תסריט, ובוודאי כל "עבודת בימוי", הם מוצר אינדיבידואלי שתלי, ממילא, אינה מציעה.**

49. לכן, וכפי שעולה גם מתיאור עבודת הבימאי והתסריטאי שהבאנו לעיל, הגוף המשדר או המפיק כורתים תמיד הסכם אינדיבידואלי עם כל בימאי ותסריטאי המשתתף בהפקה. בין גוף השידור או המפיק לבין בימאי/תסריטאי מנוהל תמיד מו"מ, שסופו הסכם המסדיר את כל תנאי ההפקה, ובכלל כך התשלום שיקבל הבימאי והתסריטאי.

50. בכך שונה עניינה של תלי באופן מובהק מענייני אקו"ם והפדרציות לתקליטים, שם הגוף המשדר או המפיק משתמשים ביצירה המוסיקלית מבלי שיידרשו כלל לנהל מו"מ ולהגיע להסכם עם היוצר (מלחין, תמלילן או חברת תקליטים). במקרה של תלי, תמיד וללא כל יוצא מן הכלל, ינוהל מו"מ ויכרת הסכם אינדיבידואלי מול התסריטאי או הבימאי

V.g. פעילותה של תלי והשפעתה על שוק הטלוויזיה

51. עד כאן תיארו את הנעשה ללא כל קשר לתלי; את ההתקשרות עם התסריטאים והבימאים ואת עבודתם במסגרת הפקת תוכנית. כעת נתאר את ההשפעה של תלי על שוק היצירה האורקולית.

52. תלי מרכזת בידיה כוח מונופוליסטי המאפשר לה להחרים גופים המסרבים לקבל ממנה רישיון.

53. כפי שמתארת תלי עצמה בבקשת האישור, המעשה המידי והראשוני של תלי וחבריה הוא דרישה מכל גופי השידור לכלול בהסכמיהם עם כל חברי תלי, התסריטאים ובימאים, "סעיף

תל"י: סעיף השומר אצל תלי את הזכות לגבות תמלוגים עבור זכויות הביצוע הפומבי, זכויות השידור, זכויות ההשכרה וזכויות ההעמדה לרשות הציבור של חבריה.

54. **שוב: בניגוד לאקו"ם ולפדרציות, תלי אינה מביאה עמה להפקת התוכנית וסריט או "יצירת בימוי" מוכנים מהמדף לשילוב בתוכנית המופקת. נהפוך הוא. תלי אוגרת זכויות ביצירות שנעשות במסגרת הפקת התוכנית ובמסגרת התקשרות האינדיבידואלית של גוף השידור (או המפיק) עם התסריטאי או הבימאי. נפרט את ההשפעות שיש לכך.**

55. **באשר לגופי השידור המבקשים להזמין תכנית טלוויזיה – גופי השידור עדיין כורתים הסכם פרטני עם כל אחד ואחד מהתסריטאים והבימאים המועסקים בכתיבת התכנית; הם ממשיכים גם לשלם לתסריטאים והבימאים עבור עבודתם במסגרת התקשרות עמם. הדבר נעשה בכפוף ל"תנאי מינימום" שנקבעו בהסכם מחייב עם האיגודים המקצועיים, דמי פיתוח וכיוצא ב.**

56. **בנוסף על כך, נדרשים גופי השידור, לשלם לחברי תלי סכום נוסף, מעבר לזה שנקבע בהסכם האינדיבידואלי, והוא סכום שמשולם על פי דרישת תלי בשם כל חבריה. כבר עם שידורה הראשון של התוכנית, דורשת תלי תשלום תמורת זכויות השידור שבידיה. קשת, שאך זה סיימה להפיק תוכנית תוך תשלום לתסריטאי ולבימאי בהתאם להסכם הפרטני, משלמת לתסריטאי/בימאי תשלום נוסף עבור שידור התוכנית שהפיקה, וזאת לפי תעריף שקובעת תלי – כלומר, תעריף שנקבע באופן מרוכז ליותר מאלף וש מאות חברי תלי.**

57. **וידגש, בנוסף, כאמור רבים הם היוצרים שזכאים, על פי ההסכם הפרטני שנערך עמם, לחלק מרווחי גוף השידור/המפיק מאותה מכירה של זכויות שידור לאותו משתמש נוסף שמבקש כעת לשדר גם כן את התוכנית.**

58. **סיכומו של דבר: קשת מעוניינת ורוצה לשלם לתסריטאים והבימאים את גמולם מתוך הכרה מלאה בחשיבותם ליצירה. קשת מאמינה כי התסריטאים והבימאים הם "ליבת היצירה" וראוי כי יתוגמלו היטב בגין מאמציהם. עם זאת, אין כל הכרח כי הבימאים והתסריטאים יתאגדו יחדיו לשם קביעת תשלום אחיד וגביית הכספים.**

VI. תהליך הקמת תלי

59. **כמתואר לעיל, לתלי אין רפרטואר "מדף" של יצירות לשימוש גופי השידור בהפקת תוכניות חדשות. הרפרטואר של תלי נוצר רק בזכות כך, שבמסגרת ההסכם האינדיבידואלי של גוף שידור עם תסריטאי או בימאי לקראת הפקת תוכנית, נכלל כיום בהסכם "סעיף תל"י, והוא זה אשר מעביר לידי תלי את הזכויות שיווצרו במסגרת ההפקה.**

60. **תלי אכן הצליחה להביא לכך שבכל הסכם עם תסריטאי ובימאי בישראל יכלל כיום "סעיף תל"י, אשר מקנה לה את הכוח להכתיב מחיר אחיד ומשותף לכל חברי ההסדר הכובל עבור עבודת התסריטאות או הבימוי, זאת בין היתר, באמצעות מאבק שכלל, בין היתר, הפעלת לחץ הן על גופי השידור והמפיקים והן על חברי תלי עצמם.**

חומרים שפורסמו בשעתו באתר איגוד התסריטאים והבימאים, כתבות מהעיתונות בעניין המאבק והחלטות דירקטוריון של תלי שתיעדו בזמן-אמת את הלחץ הכבד והמתמשך שהפעילה תלי על גופי השידור, המפיקים ואף תסריטאים ובימאים מצורפים בזאת כנספח 2.

נספח 2

61. בסופו של המאבק, כל גופי השידור קיבלו תחת הלחץ את דרישת תלי ותבריה להתקשר עם תלי בהסכם רישיון ולכלול בהסכמיהם סעיפי תלי. כתוצאה, ככלל, אין כיום עוד הסכמים עם תסריטאים ובימאים שלא כוללים סעיף תלי.
62. נציין עוד כי כפי שנודע לקשת מפניות חוזרות של יוצרים, אם וכאשר מגלה תלי בדיווח מגוף שידור יצירה שהבימאי/תסריטאי לא הכניס לרפרטואר תלי, אז תלי פונה אל אותו יוצר ואומרת לו, שיש אצלה תמלוגים "שממתינים" לו, אם רק יעביר את היצירה לניהול תלי. זוהי פניה שמעוררת כמוכן סימן שאלה: אם היוצר לא העביר זכויות לתלי, אזי אין אצל תלי תמלוגים "שממתינים" לאותו היוצר. פניות אלה של תלי אל יוצרים הן לכן רק כלי נוסף בידיה להבטיח ולקדם את "שלמות" שליטתה בשוק התסריטאים והבימאים.

VII.ג. "רישיון השמיכה" של תלי – שותף נוסף להכנסותיו של גוף השידור

63. כעת, כאשר תלי מחזיקה בזכויות של תסריטאים ובימאים, מצריך השימוש ב"זכויות תלי" קבלת רישיון מתלי ("הרישיון"). בניגוד לדרך הפעילות של אקו"ם והפדרציה בהתאם לתנאי האישור שקבע להן בית הדין הנכבד, בתלי אין כיום מנגנון אשר מאפשר ליוצר הבודד להעניק בעצמו רישיון ליצירה שהוכנסה ל"רפרטואר תלי", כך שקבלת רישיון מתלי היא האופציה היחידה.
64. על פי הרישיון, מתירה תלי לבעל הרישיון להשתמש במשך תקופת הרישיון בכל התסריטים שנכתבו והיצירות הקולנועיות שבוימו על ידי חברי תלי וכן תסריטים שייכתבו או יצירות קולנועיות שיבוימו על ידי חברי תלי במשך תקופת הרישיון. תמורת הרישיון משלם המשתמש לתאגיד תמלוגים כקבוע ברישיון. תלי עומדת על כך שהתמלוגים יקבעו כאחוז מסוים מהכנסות המשתמש. נפרט להלן.
65. קשת נאלצה להתקשר עם תלי בהסכם רישיון כדי שתוכל להמשיך להפיק ולשדר. על פי תנאי הרישיון, דמי הרישיון מחושבים על בסיס אחוז מסוים מהכנסותיה של קשת בגין שידורים באותה שנה.
66. קרי, תלי הפכה עצמה לשותפה קבועה ומשמעותית בהכנסותיה השוטפות של קשת. "הבונס" שמקבל כל חבר תלי, כנגזרת מהכנסותיה השוטפות של קשת, מגיע כך בגופף על התמורה לפי ההסכם האישי שחתם חבר ההסדר הכובל עם קשת, ואשר כללה כבר דמי פיתוח ששולמו לו בגין פיתוח הסדרה והכנסות ממסחור הזכויות בתכנית.
67. כפי שצינו כבר, הרישיון גם מסדיר את מעמדו של "סעיף תלי" כסעיף שימשיך להתקיים. על פי תנאי הרישיון, קשת מחויבת להסכים לכלול בהסכמיה עם התסריטאים או הבימאים "סעיף תלי"³.
68. בדרך זו, משתמשת תלי בהסכם הרישיון, שנחוץ לקשת כדי לשדר תוכניות שבהפקתן השתתפו חברי תלי (או מי שהפכו לאחר הפקת התכנית להיות חברי תלי), על-מנת להנציח

³ לא מן הנמנע לציין כי "סעיף תלי" לוקה בחוסר בהירות בסיסי באשר ל-"מהות" הזכות הנשמרת: מנוסח הסעיף משתמע כאילו תלי שומרת לעצמה אך ורק את הזכות "לקבל תמלוגים" בגין השימוש ביצירה – זכות שאינה מהווה זכות "קניינית", אלא זכות חוזית לכל דבר ועניין. לפיכך, כל עיסוקה של תלי הוא בתמלוגים המשולמים לחבריה, ולא בניהול יעיל של זכויותיהם.

ולהבטיח את המשך פעילותה של תלי ולמנוע מקשת להתקשר עם תסריטאי או בימאי בהסכם שלא יכלול "סעיף תלי".

VIII.ג. המערכת החוקית התומכת ביוצרים בכלל ובתסריטאים ובימאים בפרט

69. מטרתה של תלי היא להגדיל, באמצעות ההסדר, את הכנסותיהם של חבריה. תלי טוענת בבקשת האישור, שהגדלת הכנסות של תסריטאים ובימאים היא לטובת הציבור, שכן היא נחוצה ליצירה הטלוויזיונית והקולנועית החשובה לתרבות הישראלית. לשיטתה בבקשת האישור, אלמלא תלי לא היה הציבור זוכה לאותו היקף או איכות של יצירה טלוויזיונית וקולנועית בישראל.
70. לאור טענתה של תלי, יש מקום לעמוד בסיום הרקע העובדתי על כך שישנם אמצעים אחרים בחוק וברגולציה שמופעלים ומבטיחים אמצעים כלכליים להפקת תוכן טלוויזיוני וקולנועי בישראל בכלל ותנאים הולמים לתסריטאים ולבימאים בפרט.
71. זכיניות הטלוויזיה לפי חוק הרשות השנייה, וביניהן קשת, מחויבות להפיק ולשדר תוכן ישראלי מקורי, על פי חוק הרשות השנייה והכללים שהוצאו מכוחו וכן לפי הוראות הזיכיון. המדובר במחויבויות בהיקף של מאות מיליוני שקלים חדשים בשנה.
72. סעיף 59 לחוק הרשות השנייה קובע שעל כל זכינית להקדיש 40 אחוזים מזמן השידור להפקות מקומיות, בהתאם לכללים שתקבע הרשות השנייה בדבר הקצאת תנאים ותקציבים, כאשר על הכללים להבטיח שההפקות יהיו "ברמה ובאיכות הולמים".
73. סעיף 62 לחוק הרשות השנייה, ביחד עם התוספת השנייה לחוק וכללים מפורטים שקבעה הרשות השנייה, מוסיפים ומפרטים הוצאה מחויבת של מאות מיליוני שקלים חדשים בשנה, להפקה "ברמה ובאיכות הולמים" של תוכניות "סוגה עילית" דווקא – דרמה, תעודה ותוכניות מיוחדות.
74. כללי הרשות השנייה לטלוויזיה ולרדיו (שידורי תכניות טלוויזיה בידי בעל זיכיון), תש"ע-2009 ("כללי הרשות השנייה") מוסיפים ופורטים לפרטי פרטים את המחויבות להשקעה בתוכניות סוגה עילית, תוך הגדרת חובות מדוקדקות לכל סוגה – דרמה (לסוגיה), תעודה (לסוגיה), תוכניות מיוחדות ועוד.
75. החוק והכללים גם פועלים להבטיח את "ריבוי הקולות" ביצירה הטלוויזיונית. במסגרת זאת, בעל הזיכיון אינו רשאי להפיק בעצמו את כל התוכניות, אלא נדרש להפיק את מרבית התוכניות באמצעות מפיקים חיצוניים. גם במסגרת ההפקה החיצונית – נדרש בעל הזיכיון לבור את פעילותו והוא אינו רשאי להפיק באמצעות מפיק בודד כלשהו יותר מ- 20% מכלל ההפקות הקנויות. ר' סעיף 14 בכללי הרשות השנייה.
76. הרשות גם פועלת להבטיח "ריבוי קולות" מהפריפריה. בעל הזיכיון מחויב לכך ש-15% מזמן השידור של ההפקות המקומיות יופק בפריפריה. תוכנית תוכר ככזו שהופקה בפריפריה, אם שלושה לפחות מבין חמשת בעלי תפקידי המפתח מתגוררים ועובדים באיזורי הפריפריה דרך קבע. חמשת בעלי תפקידי המפתח בהפקה לעניין זה הם המפיק, העורך, הצלם הראשי, התסריטאי והבימאי.
77. על-מנת להבטיח שההפקות יהיו "ברמה ובאיכות הולמים", הרשות מקבלת ובוחנת תקציבים מפורטים ואת כל ההסכמים של הפקות שונות.

78. כאמור, קשת גם חויבה על פי תנאי זיכיונה לנהל מו"מ עם האיגודים המקצועיים ביחס לתנאי עבודה נאותים ותעריפים בגין פיתוח של תכניות מסוגה עילית. הסכמים כאלה נחתמו, כאמור, והוסדרו בהם תנאים מינימליים הנחשבים "נאותים" בעיני התסריטאים והבימאים, לרבות תשלום דמי פיתוח, מסחור וכיוצ"ב. ברי כי בכך הבטיחו התסריטאים והבימאים כי תנאי עבודתם "נאותים" ומקובלים.

79. מעבר לדברים אלה, הרשות הקימה קרנות לעידוד יוצרי קולנוע צעירים ("סנונית"). כמו כן, הרשות מעניקה פרסים, מענקים, מלגות ותמיכות באופן תכוף. כך, למשל, תמכה בעבר הרשות בפרוס היוצרים הדוקומנטריים ובעמותה לקידום סרטי תרבות וקולנוע.

80. לעניין סרטי קולנוע, הרי שבעלי הזיכיון לפי חוק הרשות השניה מחוייבים להוציא מיליוני שקלים חדשים מידי שנה להפקת סרטי קולנוע ישראליים (ס' 5א לתוספת השניה לחוק הרשות השניה). כמו כן, המדינה מקדישה תקציב מיוחד לתמיכה בהפקת סרטי קולנוע ישראליים במסגרת חוק הקולנוע, תשנ"ט-1999. מקורו של חלק מתקציב התמיכה לפי חוק הקולנוע הוא מיליוני שקלים חדשים מכספי התמלוגים שמשלמות זכייניות הרשות השניה (ר' סעיף 11 לחוק הקולנוע).

81. כפי שניתן להתרשם, בסיכום הדברים, נושא פיתוח התרבות הישראלית בהפקות טלוויזיה וקולנוע זכה לתשומת לב מפורטת ולכללים מפורטים של המחוקק ושל הרגולטור. זאת תוך התייחסות קונקרטית לסוגיות של הבטחת היקף נאות של הפקות "סוגה עילית", הבטחה כי התוכניות יופקו "ברמה ואיכות הולמים" – ובפרט מבחינת תנאי ההתקשרות עם תסריטאים ובימאים – וגם הבטחה כי ביצירה הטלוויזיונית ישמר "ריבוי קולות".

ד. ההסדר הוא הסדר כובל לכל דבר ועניין

82. על רקע עובדתי מפורט זה נעבור כעת לדון לגופו של עניין, וראשית נתייחס לטענה – המוזרה, בכל הכבוד – כאילו ההסדר שבין תלי וחבריה כלל אינו הסדר כובל. לטענת תלי, ההסדר נעדר את הכבילות התחרותיות המאפיינות את הסדרי ניהול משותף של זכויות יוצרים, דוגמת אקו"ם והפדרציות (שם, עמ' 35-28).

83. לכך נשיב בתמצית: כמו אקו"ם והפדרציות (ואף הרבה מעבר לכך), הסדר ניהול הזכויות בין תלי וחבריה מהווה הסדר כובל. לא אחת דן בית הדין הנכבד בהסדרי ניהול זכויות יוצרים וקבע באופן חד-משמעי כי מדובר בהסדר כובל: **בעניין הפדרציה** נקבע כי "ההסדר בין חברות התקליטים בעניין הקמתה והפעלתה של הפדרציה הינו הסדר כובל"⁴. בית הדין הנכבד נימק כי ההסדר נוגע למחיר הנכס, חלוקת שוק וכמות הנכסים שבעסק, ולפיכך קמה חזקה חלוטה כי מדובר בהסדר כובל (שם, עמ' 9-8). **בעניין אקו"ם** אימץ בית הדין הנכבד את החלטת הממונה ונימוקיו כי הסדר ניהול הזכויות של אקו"ם הינו הסדר כובל, תוך שהוא מונה את החששות התחרותיים העולים מההסדר, כגון ניצול כוח שוק לרעה ותיאום מחיר בין מתחרים⁵. ניתן ניתן להיווכח בבירור, שהדברים שנקבעו על ידי בית הדין הנכבד בעניין אקו"ם והפדרציות נכונים גם לעניינה של תלי.

⁴ הי"ע (ירושלים) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' ואח' נ' הממונה על הגבלים העסקיים ואח' תק-מח-2004(2), 1724 (2004) (להלן: "עניין הפדרציה"), עמ' 9-8.

⁵ הי"כ 513-04 אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח' (פורסם בנבו, 2.6.11) (להלן: "עניין אקו"ם"), עמ' 6-5.

84. ובכל זאת, כאמור, בבקשת האישור מנסה תלי לטעון כאילו ההסדר בענייננו נבדל מהסדרי ניהול הזכויות של אקו"ם והפדרציות, בכך שאין בו את הכבילות האינהרנטיות המאפיינות הסדרי ניהול זכויות (שם, עמ' 29-30).

85. למעשה מדובר בטענה, כאילו שתי "כבילות" אשר מתקיימות באקו"ם ובפדרציות לתקליטים אינן מתקיימות בתלי. נראה להלן כי שתי "הכבילות" מתקיימות גם מתקיימות.

86. **כבילות המחיר** – לטענת תלי, אין בהסדר כבילות מחיר מכיוון שדמי הרישיון נקבעים מול כל משתמש בנפרד ומשתמש שאינו מגיע להסכמה על דמי הרישיון רשאי להפנות את המחלוקת להליך גישור ובוררות (עמ' 29).

87. טענה זו מחמיצה את החשש התחרותי הכרוך בהסדרי ניהול הזכויות: כמו בעניין אקו"ם והפדרציות, הסדר הניהול בענייננו הוא הסדר שמוביל למחיר אחיד לכל חברי תלי, ואין זה משנה כלל אם במקרה של חילוקי דעות נקבע לבסוף המחיר בבוררות (שאינה, כמובן, אלא בית משפט פרטי). קיבוע המחיר בגין השימוש בזכות משליך על התחרות בין חברי תלי: במקום להתחרות על המחיר בגין השימוש, כל חברי תלי מתאגדים כדי לקבוע באופן קולקטיבי את דמי השימוש בזכות היוצרים. לפיכך, מדובר כאן בהסדר שיווק משותף המהווה כבילות מחיר מפורשת.⁶

88. **התחרות בין חברי תלי** – לטענת תלי, ההסדר אינו מהווה הסדר כובל מכיוון שמדובר בהסדר ניהול זכויות בין "קבלנים עצמאיים", ולא בין מתחרים. עוד נטען כי ככל שנפגעת התחרות בשוק היצירה האודיו-ויזואלית, הרי שפגיעה התחרותית זניחה וקלת ערך. הטענות הללו משוללות כל יסוד – כלכלי, משפטי או עובדתי:

88.1 מבחינה כלכלית, תלי לא הביאה כל ביסוס כלכלי או עובדתי לטענה כי חבריה אינם "מתחרים" או כי הפגיעה התחרותית הינה קלת ערך, ולא בכדי; תסריטאים ובימאים מתחרים זה בזה, יום יום, שעה שעה, על השתתפות בפרויקטים של הפקות טלוויזיה. די בכך לטעמנו כדי לסתום את הגולל על טענות תלי בהקשר זה.

88.2 מבחינה משפטית, בעניין אקו"ם קבע בית הדין הנכבד כי הסדר ניהול הזכויות של אקו"ם הינו הסדר כובל, וזאת למרות שמרבית חברי אקו"ם – כמו חברי תלי – הינם קבלנים עצמאיים. בהחלטתו בעניין אקו"ם, הדגיש הממונה כי הסדר ניהול זכויות "מפחית את היכולת והתמריץ של משתמשים מלנצל את התחרות הניטשת בין חברי התאגיד" (שם, עמ' 12). כך, למשל, בתנאי שוק תחרותיים עשוי במאי מתחיל להסכים להפחתת תמלוגיו בתמורה להתחייבות של גוף השידור להשתמש בשירותיו. כך גם לגבי תסריטאי מתחיל המעוניין כי גוף השידור יפיק וישדר את תסריטיו.⁷ לא מצאנו בבקשת האישור כל התמודדות עם החלטת בית הדין ונימוקי

⁶ ת"פ (ירושלים) 209/96 מדינת ישראל נ' אהליך יעקב בע"מ ואח' תק-מח 2002(3), 708 (2002), שם קבע כבי השופט יי עדיאל: "עולה מן האמור, שהטכניקה של שיווק משותף אשר כוללת אלמנטים של תיאום בין מתחרים, הנה טכניקה קרטליסטית מובהקת מהווה הסדר כובל".

⁷ גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגינות" דין ודברים כרך ב', 621 (תשס"ו) (להלן: "גיא פסח"), שם נאמר לגבי תלי: "[...] כך, לדוגמה, כאשר תלי – חברת התמלוגים של תסריטאים ובימאים, מרכזת בידיה, מכוח כתב המתאם זכויות עתידי וגורף, את זכויות הביצוע הפומבי של יצירות חבריה, אין כל אפשרות לקיים שוק תחרותי בין תסריטאים ו/או שוק תחרותי בין בימאים, על תנאי ההסכם להעברת הזכויות ו/או ההרשאות אשר מפיק סרט קולנוע יכול לרכוש מהם" (עמ' 639-638).

הממונה בעניין אקו"ם או הסבר מדוע חברי תלי שונים מחברי אקו"ם (מחברים או מלחינים), המאוגדים תחת הסדר כובל שאושר על ידי בית הדין.

89. זאת ועוד: תלי עצמה מכירה בכך שקיימת תחרות בין חבריה; לראייה, בשנת 2005 קיבל דירקטוריון תלי את החלטת "הסולידריות", לפיה תלי מצפה כי חבריה לא יקבלו עבודות במקום חברי תלי שפוטר עקב דרישתם להכניס בהסכמיהם סעיפי תלי (ראה נספח 2א' להתנגדות).

90. אם כן, ברי כי ההסדר בין תלי וחבריה מהווה הסדר כובל לכל דבר ועניין. פשיטא, שלא יתכן כי חלק מתאגידי הניהול המשותף יפעלו ללא רגולציה ויוכלו להפעיל כוחות מונופוליסטיים ללא כל פיקוח, בעוד תאגידי אחרים כפופים לתנאים שנקבעו בהיתרים שניתנו לפעילותם.⁸

ה. ההסדר הכובל ושאלת "לטובת הציבור" - מבוא

91. לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, בית הדין הנכבד יחליט לאשר הסדר כובל אם הוא סבור כי ההסדר הוא "לטובת הציבור". המבחן לאישור הסדר כובל צריך לאזן בין התועלות שמגלם ההסדר והנזקים שיגרמו בעקבות אישורו. אם התועלות הגלומות בהסדר עולות באופן ממשי על הנזקים התחרותיים שיגרמו מאישורו – יאשר בית הדין את ההסדר הכובל.⁹

92. בבחינת האישור יש לבחון מהן הכבילות הקיימות למעשה בהסכם, ואז בודק בית הדין הנכבד האם הכבילה הינה חיונית להשגת התכליות שההסדר בא לשרת. לפיכך, על המבקש לאשר הסדר כובל להוכיח שני תנאים מצטברים: האחד, כי ההסדר מגלם יתרונות מהותיים עבור הציבור. השני, כי יתרונות אלה ניתנים להשגה רק באמצעות ההסדר הכובל, כי אין דרכים מידתיות ותחרותיות יותר להשגת התועלות שההסדר הכובל נועד להגשים.¹⁰

93. אכן, במסגרת הבחינה נשאלת לעולם גם שאלת המידתיות: גם בכבילות שיש בהן לקדם תועלות חברתיות, עוצמת הכבילה אינה יכולה לעלות על הנדרש להשגת אותה תכלית ראויה שביסוד הכבילה. הלכה זו עוברת כחוט השני בהחלטותיו של בית הדין בשדה ההסדרים הכובלים. לדוגמא, כך נאמר בפרשת רמת חובב:¹¹

"מקובל עלינו כי תניית הבלעדיות אכן עשויה לקדם את השגת יעדי ההסדר בכך שהיא מטפקת למשקיע ביטחון בהשגת תשואה על השקעתו. אולם, בכך בלבד אין די לשם אישור ההסדר הכובל. השאלה העולה בהקשר זה, בנוסף לשאלה בדבר תרומתו של ההסדר לתחרות ולטובת הציבור, אינה רק האם הכבילה נשוא הדיון עשויה לקדם את מטרת ההסדר, אלא אם היא חיונית לצורך כך, או לפחות, לפי מבחן מקל יותר, האם היא מקדמת את

⁸ טוני גרינמן זכויות יוצרים (מהדורה שנייה, 2008) (להלן: "גרינמן"), שם נכתב: "מה דינם של התאגידי הנוספים לניהול משותף של זכויות יוצרים הפועלים בישראל, שהם כאמור תלוי, אשכולות ועיליים! [...] נראה כי גם פעילותם של ארגונים אלה היא בגדר הסדר כובל, וייתכן שאף הם בעלי מונופולין [...] אין זה ראוי שחלק מהתאגידי לניהול משותף יוכל לפעול ללא רגולציה ולהפעיל כוחות מונופוליסטיים ללא בקרה, בעוד תאגידי אחרים כפופים לתנאים שנקבעו בהיתרים לפעילותם" (עמ' 930).

⁹ הי"ע 469/98 חברת דלק בע"מ נ' הממונה על הגבלים העסקיים תק-מח (1)2001, 3669 (2001)

¹⁰ בג"צ 588/84 ק.ש.ר. סחר אסבסט בע"מ נ' יו"ר המועצה לפיקוח הגבלים עסקיים, פ"ד מ (1), 29 (1984); ראה גם: הי"כ 10-04-19545-04 שוברי בר יבוא מספוא אגודה שיתופית חקלאית בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים (פורסם בבנב, 24.1.12).

¹¹ הי"ע 491/98 חברת החשמל נ' הממונה על הגבלים עסקיים, תקדין מח' (1)99 (1)2847 (1999), עמ' 17.

מטרות ההסדר הלגיטימיות בצורה טובה יותר באופן משמעותי מחלופות אחרות שפגיעתן בתחרות קטנה יותר. [עמ' 17]

94. לאור דברים אלה נמשיך את הניתוח בדרך הבאה: תחילה, נעמוד על השוני בין מקרי אקו"ם והפדרציה לתקליטים לבין ענייננו בבחינת היקף הכבילות שבהסדר הכובל. נמשיך ונעמוד על על ההבדלים בין מקרי אקו"ם והפדרציה לתקליטים לבין ענייננו בשאלת התרומה לטובת הציבור. לבסוף, לאור הניתוח שיוצג, נעמוד על התנאים הנחוצים ככל שימצא בית הדין הנכבד לנתן אישור לפעילות תלי.

ו. היקף הכבילות שבהסדר הכובל – תלי לעומת אקו"ם והפדרציות לתקליטים

I. הכבילה שמבטיחה שכל יצירותיהם של תסריטאים ובימאים יועברו לתלי

95. טרם ניגש לגוף שאלת טובת הציבור, יש הכרח לעמוד על כך שההסדר הכובל של תלי וחבריה כולל לפחות כבילה אחת שאינה קיימת אצל אקו"ם ואצל חברות התקליטים: תלי וחבריה יצרו ויוצרים הסדר כובל במסגרתו כל החברים, התסריטאים והבימאים, אכן מכניסים כל יצירה שלהם לרפרטואר תלי, ולאחר מכן הדרך היחידה להשתמש בתוכנית שהופקה היא ברישיון מתלי (ולא ברישיון אינדיבידואלי מהתסריטאי או הבימאי).

96. אין, ולכל הפחות לא ידוע לקשת, על פעילות של אקו"ם להבטיח שכל לחן וכל תמליל שנוצרים במדינת ישראל יהפכו להיות חלק מרפרטואר אקו"ם. אם וכאשר גוף שידור מזמין יצירה מתמלילן או מלחין, אזי ניתן – והדבר אף קורה בפועל – להסכים עם היוצר שהיצירה תהיה בבעלות המזמין ולא תישאר בבעלות היוצר ולא תהפוך לחלק מרפרטואר אקו"ם.

97. בדומה, אין, ולכל הפחות לא ידוע לקשת, על פעילות כלשהי של חברות התקליטים להבטיח שכל הקלטת של יצירה מוסיקלית בישראל תהפוך להיות חלק מרפרטואר הפדרציה לתקליטים. גופי השידור מזמינים ומבצעים הקלטות לא פעם, ואז הם הבעלים של ההקלטות – לא המפיק וגם לא מי מהפדרציות.

98. בנוסף, בעקבות תנאי אישור ההסדרים הכובלים של אקו"ם ושל הפדרציות, כל חבר באגודה שכזו יכול לתת בעצמו רישיון אפילו ליצירה שכן נמצאת ברפרטואר של האגודה. בדרך זו, בפני המשתמשים עומדת פתוחה האפשרות לרכוש רישיון לא רק מהאגודה אלא, במקביל, גם מהיוצר האינדיבידואלי.

99. לעומת זאת, כמתואר לעיל, תלי וחבריה פעלו ופועלים במלוא העוצמה להבטיח שכל הסכם עם תסריטאי או בימאי יבטיח שהזכויות יועברו לניהולה של תלי באמצעות "סעיף תלי". תלי פעלה באמצעות קמפיין בין חבריה, באמצעות הפגנות, באמצעות תנאי רישיון השמיכה שלה ובאמצעות נוספים, על מנת להבטיח שכל התסריטאים והבימאים בישראל, כאחד, לא יסכימו להתקשר בהסכם שאינו כולל "סעיף תלי".

100. המדובר כמוכר בכבילה ברורה: במקום תחרות ואפשרות שבהסכם עם תסריטאי או בימאי יהיה לפעמים "סעיף תלי" ובמקרים אחרים לא יהיה סעיף שכזה, פעלו תלי וחבריה להבטיח אחידות בהסכמים.

101. ומשהוכנסה יצירה אל רפרטואר תלי, אזי, כפי שניתן ללמוד מהמסמכים שהגישה תלי לבית הדין הנכבד, התסריטאי או הבימאי אינו יכול עוד להסכים בעצמו, שלא באמצעות תלי, על התמלוגים שיקבל בגין השימוש ביצירה. של כמו אצל אקו"ם ואצל הפדרציות, אין תלי

מותירה בפני המשתמש את הבחירה אם להתקשר ישירות עם היוצר לקבלת רישיון לשימוש ביצירתו או להתקשר עם דווקא עם תלי; קבלת רישיון מתלי הוא הדרך היחידה.

II. בחירתם של תלי וחבריה שלא לפנות אל המחוקק אלא להקים הסדר כובל

102. כאמור, תלי וחבריה יצרו כבילה אשר מבטיחה שכל תסריט וכל עבודת בימוי יהיו נתונים למשטר של תמלוגים שיקבעו באופן מרוכז (ע"י תלי) ובכך הבטיחו לעצמם הכנסה נוספת.
103. מן הראוי לציין בהקשר זה ביושר, שממשלת ישראל, ובעקבותיה כנסת ישראל, קיבלו לאחרונה טענה דומה לזו של חברי תלי: הייתה זו טענתם של הסופרים, והיא הובילה את הממשלה והכנסת לחקיקת החוק להגנת הספרות והסופרים בישראל (הוראת שעה), התשע"ג-2013 ("חוק הספרות"). לפי סעיף 1 לחוק, מטרתו כוללת "להבטיח לסופרים ישראלים גמול הולם בעד יצירתם, לקדם את הספרות בישראל, לשמור על גיוון תרבותי".
104. לא מן הנמנע לעמוד על הבדל ראשון בין ענייננו כאן לבין מקרה חוק הסופרים, ולציין שבמקרה של הסופרים הייתה זו למעשה פעולתו הראשונה של המחוקק להבטיח את מטה לחמם של הסופרים. ואילו בענייננו – המחוקק והרגולטורים כבר פעלו ופועלים באופן מדוקדק ומפורט להבטיח את תנאי עבודתם של בימאים ותסריטאים.
105. והחשוב יותר לענייננו הוא, שאיש לא אישר לסופרים להקים הסדר כובל, אלא המחוקק והממשלה קבעו בעצמם הסדר מפורט ביותר של תמלוגים להם יהיו זכאים סופרים, עד כדי קביעת אחוזי תמלוגים מדויקים. במסגרת חוק הספרות קבע המחוקק (לפי הצעת החוק הממשלתית) הוראות מפורטות ומדוקדקות בדבר התמלוגים שיקבל סופר מהמוציא לאור על 6,000 העותקים הראשונים שימכרו במהלך 18 חודשים הראשונים למכירתו (8% מההכנסות); התמלוגים על מכירות נוספות באותה תקופה (10%); הוראות לגבי חלוקת התמלוגים בין מספר סופרים שכתבו ספר אחד, חריג המאפשר הפחתת תמלוגים לספר הביכורים של סופר (עד 80% מהתמלוגים הרגילים) ועוד הוראות מפורטות.
106. **מכתב של ב"כ תלי משנת 2006, מתאר כי תלי עצמה שקלה את האפשרות לפנות לחקיקה על-מנת להסדיר את מעמדה, אך החליטה להעדיף את ההסדר הכובל מטעמים המפורטים במכתבה זה.** כך כתב אז ב"כ תלי ליו"ר המועצה לשידורי כבלים ולוויין (דאז), מר יורם מוקדי, בעקבות פגישות בהן נשאלה תלי (כפי שניתן להבין מהמכתב) מדוע אין היא פונה לדרך החקיקה:

1. הדרכים להסדר תשלום תמלוגים [...]

(1) הסדר במסגרת סעיף לשמירת זכויות תמלוגים ("זכויות חוזיות")

[כאן מתאר ב"כ תלי את הסדר "סעיף תלי". הח"מ]

(2) הסדר חקיקתי ("זכויות סטטוטוריות")

עיגון בחקיקה של זכותם של התסריטאים והבימאים לקבל תמלוגים (במהלך חייהם ו-70 שנים לאחר מכן) בגין שימוש (קרי, ביצוע פומבי והשכרה) ביצירותיהם. כלומר, קביעה של זכות מפורשת בחוק, שלא ניתן יהיה להתנות, לשנות או לוותר עליה (קרי, "זכות קוגנטית") [...]

מדובר בהליך מורכב, שעלול להיתקל בהתנגדות עזה של גורמים שונים, לרבות גופי שידור ואף של אמנים אחרים (מהצלם ועד לנערי או נערות

המים), שינסו לתפוס טרמפ ולטעון לצורך לעגן חקיקתית אף את זכותם באופן דומה".

[ההדגשה שבקו נטוי אינה במקור]

נספח 3

מכתב ב"כ תלי, עו"ד אהרן נחומי, אל יו"ר מועצת הכבלים והלווין מיום 27.2.06 מצורף כנספח 3.¹²

107. הדברים מדברים בעד עצמם. הסיבה המרכזית בגינה תלי לא פנתה להליך חקיקה היא שההליך צפוי להיתקל בהתנגדות "עזה" והמחוקק עלול, בסופו של דבר, לא להעניק לתלי את מבוקשה. אחת הסיבות שמתארת תלי לחוסר הצלחה אפשרי של הליך החקיקה, הוא שאמנים אחרים (צלמים או "נערי או נערות מים") עלולים "לתפוס טרמפ" ולטעון שגם להם, ולא רק לתסריטאים ולבימאים, מגיעים תמלוגים.

108. לא מן הנמנע לציין, שאם כך, גם לשיטת תלי, על פני הדברים ההסדר הכובל אינו הדרך החיונית, המידתית והראויה להסדרת סוגיית תנאי העסקתם וזכויותיהם של התסריטאים והבימאים. ההסדר הכובל הוא רק הדרך שנמצאה עדיפה על-ידי חברי תלי.

ז. ההסדר הכובל וטובת הציבור – תלי לעומת אקו"ם והפדרציות לתקליטים

ז.1. תלי ושאלת החסכון בעלויות עסקה בזכות "רישיון שמיכה"

109. החסר המקובל לפעילותו של תאגיד ניהול זכויות יוצרים נעוץ בעלויות העסקה הכרוכות בהתקשרות עם כל אחד ואחד מבעלי הזכויות. העלויות קשורות באיתור בעלי זכויות היוצרים; עלויות ניהול משא ומתן והתדיינות עם כל אחד ואחד מבעלי הזכויות והסיכון המשפטי הכרוך בשימוש ביצירות בלא קבלת הרשאה מראש. טיעון עלויות העסקה מבוסס על הסברה כי התקשרות אינדיבידואלית בין המשתמש לבין כל אחד ואחד מבעלי הזכויות היא בלתי מעשית. לעלויות העסקה בענייננו ישנה גם חשיבות מבחינת איכות היצירה הטלוויזיונית, שכן, כאשר מדובר ביצירות מוסיקליות ואין צורך בהתקשרות אינדיבידואלית עם כל יוצר – ניתן להעשיר את התוכנית המופקת במוסיקה מגוונת ורבה.

110. בתי המשפט בישראל מצאו כי "רישיון השמיכה" הוא הטעם העיקרי המכשיר את פעילות תאגידי ניהול הזכויות. כאשר משתמש נדרש להתקשר הן עם תאגיד הניהול והן עם בעל הזכויות עצמו, נשמטת הקרקע תחת ההצדקה לקיומו של התאגיד המשותף. כך ממש הציג הממונה, בעניין אקו"ם, כפי שמתאר פסק הדין:¹³

"לנוכח האמור הביעה הממונה את עמדתה, כי מצב דברים בו על משתמש להתקשר הן עם התאגיד לניהול זכויות משותף והן עם בעלי הזכויות עצם, שומט את הקרקע תחת ההצדקה לקיומו של התאגיד המשותף. שהרי אחת ההצדקות העיקריות לאישור ההסדר היא החיסכון בעלויות העסקה הגבוהות הכרוכות בהתקשרות פרטנית" (שם, פסקה 19, עמ' 14).

¹² בראש המכתב כתוב "סודי ביותר – לעיון הנמענים והמכתבים בלבד", אך הוא הועלה לאתר האיגוד התסריטאים והמפיקים ומשם נשמר עותק מהמכתב בשנת 2006.

¹³ ראה לעיל, עניין אקו"ם, פסקה 19, עמ' 14.

111. כך גם קבע בית המשפט העליון בעניין EMI¹⁴. בעניין זה נדונו התנגדויות של מו"ליות לתנאיו של "מנגנון ההחרגה" של אקו"ם. על פי המנגנון, יוצר יוכל "להחריג" את יצירתו מרפרטואר אקו"ם רק אם קיבל הסכמה של כל בעלי הזכויות ביצירה המשותפת. המו"ליות טענו כי הדבר מטיל מגבלה על זכותו של כל אחד מן היוצרים לשלוט בפרי יצירתו. בית המשפט העליון קבע כי קבלת העמדה לפיה לא נדרשת הסכמת כל היוצרים להחרגה תוביל לכך שמשתמש המבקש לעשות שימוש ביצירה יאלץ לשאת ולתת עם היוצר המחריג, בנוסף לרכישת רישיון שמיכה מאקו"ם. כך בלשון בית המשפט העליון:

"בהתחשב במבנה הבעלות הטיפוסי ביצירה מוסיקלית, אפשרות החרגה שאינה מותנית בהסכמתם של יתר בעלי הזכויות ביצירה משמעה, הלכה למעשה, מתן כוח בידי יוצר יחיד, יהא חלקו ביצירה אשר יהא, להחריג את היצירה כולה ממסטר רישיונות השמיכה של אקו"ם. כך, משתמש שיבקש לעשות ביצירה זו שימוש כדין יאלץ לשאת ולתת עם היוצר המחריג, בנוסף לרכישתו של הרישיון הגורף מאקו"ם.

מצב דברים זה יצמצם עד מאוד את התועלת הגלומה בהסדר הכובל עבור ציבור המשתמשים, עד כדי העלאת ספק באשר להתקיימות התנאי שההסדר יהיה "לטובת הציבור", כנדרש לפי סעיף 9 לחוק ההגבלים העסקיים, בכל מקרה שבו ניתן אישור להסדר כובל". [פסקה 47, עמ' 24]

112. גם תלי טוענת כאילו ההסדר הכובל דגן משקף חיטכון מהותי ב- "עלויות העסקה" עבור יוצרים ומשתמשים כאחד (שם, עמ' 45).

113. נתייחס להלן בהקשר זה לשתי סיטואציות: הראשונה, היא השידורים הראשוניים של תוכנית הטלוויזיה על-ידי הגוף המשדר שהזמין את הפקתה. השניה, היא השימושים הנוספים של משתמשים אחרים, דוגמת פלטפורמות VOD, אינטרנט או בתי עסק שבהם צופים בטלוויזיה (לדוגמה חדרי המתנה). אנו נראה שבסיטואציה הראשונה, בעליל, אין כל חסכון בעלויות עסקה, ושהסיטואציה השנייה מעוררת סימני שאלה כבדים בשאלת החסכון בעלויות.

114. בסיטואציה הראשונה, כאשר קשת מזמינה הפקה של תוכנית – ובכלל כך תיסרוט ובימוי – לשם שידור, ברור שפעילות תלי לא חוסכת עלויות עסקה. הרי גם כיום, לאחר הקמתה של תלי, קשת עדיין מתקשרת עם יוצר הסדרה באופן פרטני ומסכמת עימו את פרטי ההעסקה וממילא את התמורה שכוללת את השימוש הראשון והצפוי ביותר: שידור התוכנית אצל קשת. ההתקשרות עם תלי לצורך תמלוגים על אותו שימוש ממש, הינה בעליל עסקה נוספת שאינה חוסכת דבר.

115. נמחיש באמצעות התכנית "ארץ נהדרת". בכתיבת התכנית מועסקים בין 10-8 כותבים. על אף שקשת התקשרה עם תלי בהסכם רישיון, היא עדיין חייבת להתקשר עם כל אחד ואחד מכותבי התכנית ולסכם את תנאיו. מדוע? מכיוון שקשת לא יכולה לעיין ב- "רפרטואר תלי" ולבחור ממנו מערכון שמתאים לתכנית. היא גם לא יכולה לעיין ב- "רפרטואר תלי" ולבחור ממנו עבודת "בימוי" כלשהי. לפיכך, קשת חייבת להזמין באופן אישי עבודה מכל כותב או בימאי המועסק בתכנית. לאור זאת, לא רק שסדרת ההתדיינויות האינדיבידואליות מול כל

¹⁴ ראה: ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים נ' EMI Music Publishing Ltd (פורסם בבב, 3.9.13), פסקה 47, עמ' 24.

תסריטאי או בימאי היא מעשית, היא מחויבת המציאות. ויותר מכך: היא המציאות היומיומית של גוף שידור.

116. כאן גם טמון, כפי שתיארנו גם לעיל, השוני היסודי בין אקוויים ותלי: אקוויים היא "סופרמרקט" של יצירות מוסיקליות. כשקשת מעוניינת לשלב יצירה מוסיקלית בתוכנית שהיא מפיקה, אין לה כל צורך להתקשר באופן אישי עם המלחין, המחבר וחברת התקליטים. כל שקשת צריכה לעשות הוא לבדוק אם היצירה הרלבנטית נכללת ברפרטואר אקוויים ולשלם בגין השימוש. לעומת זאת, כאשר קשת מתקשרת עם התסריטאי או הבימאי, ברי שהיא יכולה לסכם – ואכן מסכמת עמו – תמורה שכוללת את העבודה שהתוכנית תשודר אצל קשת. ההתקשרות עם תלי היא בנסיבות אלה התקשרות נוספת שאינה חוסכת את הצורך להתקשר באופן אישי עם התסריטאי או הבימאי.
117. **בסיטואציה השניה**, משתמש אחר כלשהו מעוניין לעשות שימוש נוסף בתוכנית שהפיק ושידר גוף שידור. לדוגמה, כדי להציג את התוכנית בפלטפורמת VOD לצפיה נוספת לפי בחירתם של הצופים.
118. המשתמש האחר צריך להתקשר בהסכם פרטני כדי לרכוש זכויות שידור או שימוש אחר מהבעלים של תוכנית הטלוויזיה, שהוא בד"כ המפיק או גוף השידור שהזמין את ההפקה.
119. אם נשווה את המצב שיוצרת תלי, לעומת מצב בו כל הזכויות – לרבות תסריט ובימוי – מרוכזות בידי בעלים אחד של התוכנית, אזי ברי שגם בהסתכלות כזו תלי רק מוסיפה עלויות עסקה. המשתמש יזדקק כעת לשני הסכמים: אחד מהבעלים של התוכנית והשני מתלי.
120. לעומת זאת, אם נניח מצב נתון בו הבעלים של התוכנית לא ריכזו בידיו את הזכויות, אלא הזכויות בתסריט/בימוי נשארו בידי התסריטאי/בימאי האינדיבידואלי, אזי ניתן לומר שרישיון שמילי יחסוך למשתמש עלויות עסקה. רישיון השמיכה יחסוך את הצורך לאתר ולהתקשר בהסכם אינדיבידואלי עם כל תסריטאי וכל בימאי של תוכנית טלוויזיה מבין התוכניות בהן מעוניין המשתמש.
121. אלא שכאן נתקלים אנו בקושי נוסף, בשים לב לכך שתלי וחבריה פעלו ופועלים על-מנת להבטיח **שכל** תסריטאי **וכל** בימאי ישמרו בידיהם **תמיד** את הזכויות ולא יעבירו אותן לידי המפיק.
122. יוצא, שתלי "חוסכת" עלויות עסקה, שלא היו נדרשות כלל אלמלא היו תלי וחבריה פועלים מלכתחילה להבטיח שהזכויות בכל תוכנית יפוזרו תמיד. אלמלא פעולות אלה של תלי וחבריה, היינו רואים בשוק גם תוכניות שבהן כל הזכויות כן מרוכזות בידי המפיק, ולשם השימוש בתוכנית הטלוויזיה נדרש רק הסכם אחד – עם המפיק. כך לדוגמה קורה כיום כאשר קשת רוכשת תוכניות זרות לשידור בישראל.
123. בגלל הפעולות של תלי וחבריה, הזכויות בתוכניות מפוזרות תמיד – חלק אצל המפיק, חלק אצל התסריטאי, חלק אצל הבימאי – ואז מגיעה תלי ו"חוסכת" עלויות עסקה כאשר היא מונעת את ההכרח להתקשר באופן אינדיבידואלי עם התסריטאי והבימאי.
124. שוב נזכיר, שבהיבט זה שונה פעילות תלי וחבריה מהפעילות של אקוויים והפדרציה. אקוויים והפדרציה מאפשרות מלכתחילה למפיק התוכנית להפיק אותה ללא התקשרות אינדיבידואלית עם היוצר וכך חוסכות **בשלב ההפקה** עלויות עסקה. בה בעת, אקוויים והפדרציות אינן כופות עצמן על ההפקות, וישנה תמיד אפשרות להשתמש במוסיקה שהמפיק, או גוף השידור, מזמינים במיוחד לצורך ההפקה תוך שהם מרכזים כך בידם את כל

הזכויות בתוכנית (כולל המוסיקה שנכללה בה). תל"י וחבריה, לעומת זאת, פעלו ופועלים למנוע מהמפיק כל אפשרות להפיק תוכנית שהזכויות בה לא יהיו מפורזות.

125. **נציין בסיום פרק זה, שאת האמור בו נכון לראות גם ככבילה שאינה קיימת במקרי אקו"ם והפדרציה לתקליטים:** כבילה במסגרתה פועלים תסריטאים ובימאים להסדרת מחיר אחיד לשימוש ביצירתם אפילו בנסיבות בהן הם ממילא כורתים הסכם אינדיבידואלי מול הגוף המשדר אשר משתמש ביצירה.

II.ז. תל"י ו"הגדלת עוגת היצירה"

126. למיטב הבנתנו, תל"י טוענת שהיא אינה רק חוסכת עלויות עסקה, אלא גם תורמת ל"הגדלת עוגת היצירה" הטלוויזיונית בישראל. לכך נפנה כעת, ונטען שטענה זו של תל"י אינה נכונה, אינה מבוססת (ממילא) על עובדות כלשהן ובכל מקרה אין בה כשלעצמה כדי להצדיק מתן אישור להסדר הכובל.

127. כיצד תורמת תל"י, לשיטתה שלה, להגדלת "עוגת היצירה"? באמצעות כך שהיא מבטיחה שכל תסריטאי ובימאי שמשותפים בהפקת תוכנית, שאכן הגיעה בדיעבד לכלל סיום ושידור, יזכה לתמורה כספית גבוהה יותר משהיה זוכה אילו לא תל"י הייתה מעורבת. וראה לעניין זה גם את דבריו המלומד **גיא פסח**, אשר מצביעים על תפקידה הסקטוריאלי של תל"י – הגדלת שיעור הכנסותיהם של חברי ההסדר הכובל.¹⁵

128. **מכל מקום, כדי לקבל את טענתה זו של תל"י, שומה על בית הדין להשתכנע בשלושה רכיבים:** (א) **התסריטאים והבימאים אינם מרוויחים מספיק;** (ב) **הגדלת רווחיהם של התסריטאים והבימאים תוביל להגדלת "עוגת היצירה";** (ג) **ללא הסדר כובל – אין מנגנון אחר שיבטיח ש"עוגת היצירה" תהיה בגודל הנכון.**

129. למעשה, נכון יותר לומר שהמדובר במלאכה של הגדרת שיווי המשקל הנכון בין שלושת הרכיבים, במסגרתה יש למצוא מהו בכלל הגודל הנכון "לעוגת היצירה" הטלוויזיונית ומהו הרווח הנכון לתסריטאי ולבימאי אשר ינוב, לשיטת תל"י, "עוגת יצירה" בגודל הנכון.

130. בהתייחס לרכיב הראשון, הרי שאין כל מקום לומר כאילו תסריטאים ובימאים אינם מרוויחים "מספיק". זוהי טענה שאינה נכונה, שאינה מבוססת כלל ועיקר בבקשת האישור, ושלא ברור גם כלל ועיקר כיצד מצפה תל"י כי בית הדין יכריע בה. על כך נוסף ונוכיר, שבכל הנוגע לתוכניות הסוגה העילית, הרי שהבימאים והתסריטאים מקבלים את שכרם בכפוף לתעריפי מינימום שהוסכמו הרי מול איגודי התסריטאים והבימאים.

131. בהתייחס לרכיב השני, הוא הטענה כי הגדלת רווחיהם של חברי תל"י תוביל הגדלת "עוגת היצירה", הרי שכבר על פני הדברים ברור שהטענה סותרת מושכלות ראשוניים. תל"י מגדילה את הכנסות חבריה תוך שהיא **מגדילה את ההוצאות** של כל מי שמפיק, משדר, משתמש וצופה בתוכניות טלוויזיה. הגדלת עלות ההפקה והשימוש ביצירות טלוויזיוניות, תגרום לכך שהיקף היצירה והשימוש יפחת כמובן. בוודאי לא יגדל.

132. ומכל מקום בכל הנוגע לרכיב השלישי, הרי שבעניינו ישנו גם ישנו מנגנון חלופי להסדר הכובל: המחוקק והרגולטורים הרי כבר פעלו ופועלים הן לשמירה על גודל נכון של "עוגת

¹⁵ ראה פסח, ה"ש 7, עמ' 646.

היצירה" והן לוודא שבימאים ותסריטאים ישתכרו כראוי באופן שיבטיח שה"העוגה" תהיה מאיכות מצוינת. כפי שתיארנו בפרק ג. VIII לעיל, בין היתר:

- 132.1. חוק הקולנוע מבטיח תקציבים לעידוד יצירות קולנועיות.
- 132.2. חוק הרשות השניה מבטיח בתורו שיופקו תוכניות "סוגה עילית" בהיקף כספי של מאות מיליוני שקלים חדשים בשנה.
- 132.3. הרשות השניה, בהתאם להוראות החוק, בודקת ומפקחת כי התוכניות הללו יופקו "בתנאים הולמים", לרבות מבחינת העסקתם של תסריטאים ובימאים.
- 132.4. בהתאם לדרישות החוק והרשות השניה, נדרשה קשת להגיע להסכמה עם איגודי התסריטאים והבימאים על תנאי ההעסקה שלהם והתמורה המינימלית המובטחת להם – והיא אכן הגיעה להסכמה עם האיגודים בנושאים אלה.
133. ודוק: אפילו היה ממש בהנחה כאילו תסריטאים ובימאים אינם משתכרים כראוי, ברי שהדרך אינה הסדר כובל, שבעקבותיו מונופולין, ושתוצאתו "שיק פתוח" לגביית תמלוגים. הדרך הראויה והתחרותית היא לפעול בחקיקה וברגולציה, כפי שהודגם ממש לאחרונה בחוק הסופרים שאודותיו נפרט מיד. הדרך אינה להכשיר הסדר כובל.
134. לא מן הנמנע להזכיר ולהודות, שבמנגנונים שתיארנו לעיל מצאו המחוקק והרגולטורים לנכון לוודא בעיקר – אך לא רק – את גודלה ואיכותה של "עוגת היצירה" של תוכניות הסוגה העילית; כלומר סרטי קולנוע, דרמה, תעודה ותוכניות מיוחדות (דוגמת "ארץ נהדרת"). ואילו תלי דואגת לתמלוגים לכל הבימאים והתסריטאים – לרבות בתוכניות הבידור והריאליטי.
135. ואולם, אפילו היינו מקבלים שהסדר כובל של תסריטאים ובימאים יכול להביא להגדלת היקף היצירה, הרי שקשת, כשלעצמה, אינה זקוקה לעזרתה של תלי כדי להגדיל את "עוגת היצירה" של תוכניות הבידור והריאליטי. גם המחוקק והרגולטורים לא מצאו לנכון לפעול להגדלת "עוגת היצירה" של תוכניות אלה. אין כל אינטרס ציבורי המחייב להגדיל (לשיטת תלי) את "עוגת היצירה" של תוכניות אלה בדרך של הסדר כובל.
136. לסיכום, נזכיר שהנחוץ הוא איזון בין שלושת הרכיבים שמנינו לעיל. כפי שצינו, אפילו נקבל את גישתה העקרונית של תלי, ברי שעניינו במלאכת איזון במסגרתה יש למצוא מהו בכלל הגודל הנכון "לעוגת היצירה" הטלוויזיונית ומהו הרווח הנכון לתסריטאי ולבימאי אשר יניב, כביכול, "עוגת יצירה" בגודל הנכון. דווקא בהיבט זה, ברי שהדרך הנכונה אינה הסדר כובל שמעניק לחבריו כוח לקבוע את שיעור ההכנסות "נכון" לשיטתם. הדרך הנכונה היא דרך הרגולציה והחקיקה, אשר מביאה לידי איזון את האינטרסים השונים.

III. תלי ו"עוגת היצירה" של יוצרי סדרות השוקדים על פיתוח ראשוני של רעיונות

137. דומה כי אף תלי עצמה אינה משליכה בבקשת האישור את יהבה על טענה כאילו ההסדר הכובל נחוץ להגדלת "עוגת היצירה" כולה – כל סוגי התוכניות וכל סוגי הבימאים והתסריטאים – אלא היא בעיקר טוענת כי ההסדר הכובל נתון על-מנת להגדיל את יצירתם של "יוצרי הסדרות". כלומר, שבזכותה של תלי יותר תסריטאים משקיעים מזמנם בפיתוח ראשוני של רעיונות ליצירות, ללא הסכם עם גוף שידור או מפיק, מבלי שמובטחת להם כל תמורה ותוך שלטענת תלי כבר כיום רק 2% מרעיונות אלה מגיעים בסוף לשידור.

138. כלומר, הדגש הוא על כך שאפילו לא מופקות בפועל יותר תוכניות, תלי (לטענתה) גורמת לכך שיותר תסריטאים יקדישו זמן, ללא הבטחת תשלום, להגדלת כמות ה"פיתוחים הראשוניים" של סדרות.

139. כך לדוגמה כותבת גבי מירב בארי בחוות דעתה מאוקטובר 2009 (נספח ב-2 לבקשת האישור), אשר מהווה נדבך מרכזי בחוות הדעת של ד"ר סדן ובבקשת האישור בכלל (עמ' 11):

"כאשר היוצר יוצר את היצירה מיוזמתו עליו להשקיע עלות קבועה גבוהה מאוד (בדרך כלל עלות הזמן), בעוד ההסתברות להצלחה נמוכה (במקרה שלנו בסביבות 2% בממוצע). מנגד, שכפול היצירה יכול להיעשות בעלויות זניחות, שכן עלות שידור היצירה או כל שימוש אחר בה הינה זניחה ביחס להשקעה ביצירתה.

מצב זה הוא אינדיקטיבי ל"כשל שוק", שעלול להביא, למצב של ייצור חסר או פגום. יש לזכור כי תשלום נמוך עבור יצירות יביא מצד היוצרים לייצור חסר של המוצר, דבר שיפגע ברווחה החברתית וביעילות הכלכלית."

140. זברים אלה, בכל הכבוד, מעוררים פליאה כבר על פניהם –

140.1. ראשית, נזכיר שכל הטענה כאן נוגעת רק לתסריטאים מסוימים, בהפקות מסוימות, שמשקיעים את זמנם ומשאביהם בפיתוח ראשוני של סדרה לפני חתימת הסכם עם מפיק או עם גוף שידור. אך ההסדר הכובל של תלי הרי מקיף את כל התסריטאים והבימאים, ורוב הזמן הוא גובה תמלוגים עבור תסריטאים ובימאים שלא ביצעו כל עבודה שהיא ללא תשלום מובטח מראש.

140.2. שנית, הרי דווקא תלי בכלל, והמומחית, גבי בארי, בפרט, הם שטוענים שכבר כיום רק 2% מהיצירות שתסריטאים מפתחים ביוזמתם באופן ראשוני, מגיעות לבסוף לכלל שידור והפקה. כיצד ניתן לטעון, שהציבור יניב תועלת מכך שתלי תגרום לכך שעוד יותר זמן ומשאבים יושקעו בפיתוח ראשוני של סדרות שלא יופקו ולא ישודרו?

141. ומכל מקום, אין לנו אלא להשלים ולהביא את המשך דבריה של גבי בארי, שממשיכה ומתארת כיצד ניתן לפתור את "כשל השוק" שלקיומו היא טוענת:

"חשש יסודי זה הביא את המדינה להתערב בשוק בדרכים שונות: בין היתר, על ידי הקמת גופים רגולטורים שאמונים על הבטחת השקעה מינימלית של הגופים המשדרים ביצירה מקומית על סוגיה; הכרה בצורך בחיקוק חוק הקלטות הריקות; ועד לתמיכה כספית בקרנות המעודדות את היצירה המקומית ותומכות בה; כן הולכת וגוברת ההכרה בצורך בבית דין לתמלוגים שיסדיר את תשלומי התמלוגים ליוצרים, בהם הבימאים והתסריטאים."

142. אכן, גבי בארי מונה בצדק פעולות שכבר נעשו כדי להבטיח את היקף היצירה. אפילו גבי בארי, שטוענת לקיומו של "כשל השוק" (שלטעמנו אינו קיים), לא טוענת כאילו קרטל הוא המרפא לאותו כשל שוק אלא מציגה שהרגולטור והמחוקק כבר נתנו לכך דעתם. לא בית הדין הנכבד ולא הסדר כובל של תסריטאים ובימאים הם הדרך לטפל בנושא שכבר ניתן לו מענה בחקיקה וברגולציה.

ח. אישור ההסדר הכובל בתנאים

143. כאמור בפתח הדברים, אין קשת רואה לנכון להתנגד לעצם קיומו של ההסדר הכובל.
144. לטעמה של קשת ניתן לאפשר לתסריטאים ולבימאים, כיוצרים, לפעול במסגרת אגודה אשר תהווה במקרים המתאימים, באופן מפוקח וראוי, תשתית ניהולית לתמלוגים.
145. עם זאת, ככל שימצא לנכון בית הדין הנכבד ליתן לתלי את האישור המבוקש, אנו סבורים שיש בעליל צורך בשורה של תנאים לאישור. ניתן לומר כי עיקרם של התנאים, כפי שנפרט להלן, הוא ניסיון להציב בפועל את תלי, באמת, בקו אחד עם האיגודים של אקו"ם ושל הפדרציות לתקליטים. כמו כן נקדים ונאמר, שחלק מהתנאים הנתאר להלן תואמים למעשה את הדרך בה פועלת תלי ממילא, אך יש חשיבות לוודא כי תלי לא תסטה לדרך אחרת במהלך תקופת האישור.

ח.א. הפסקת כל פעילות של תלי וחבריה שמטרתה להבטיח שבכל הסכם עם תסריטאי ובימאי יכלל "סעיף תלי"

146. כמתואר בפרק ג. VI לעיל, תלי וחבריה פעלו ופועלים גם כיום על-מנת להבטיח שבכל הסכם של תסריטאי ובימאי בישראל יכלל "סעיף תלי".
147. המדובר בעליל בכבילה עירומה. כל התסריטאים והבימאים חברי תלי, החליטו ופועלים כאיש אחד, לקביעה כי בהסכמים להשתתפותם בהפקות "יוסכס" תמיד שהזכויות יוותרו בידי התסריטאי והבימאי ולא ירכשו על-ידי המפיק או גוף התקשורת. וגם לאחר מכן, כתוצאה מכך, לעולם יקבע מחיר השימוש מול התסריטאים והבימאים כקבוצה במקום שניתן יהיה לרכוש רישיון מתאים באופן אינדיבידואלי ובתמורה מוסכמת מהתסריטאי או הבימאי.
148. כפי שעוד הסברנו לעיל, בעניין זה שונה המצב מול תלי בתכלית השינוי ממקרי אקו"ם ומהפדרציות לתקליטים, שכן אגודות אלה כלל אינן פועלות להבטיח שכל יצירה מוסיקלית בישראל תיכנס בהכרח לרפרטואר של האגודה. ישנן בישראל גם כיום התקשרויות מול מלחינים, תמלילנים וחברות תקליטים על-בסיס פרטני ללא שימוש ברפרטואר של האגודה. בניגוד לכך, בעקבות פעילות תלי וחבריה, אין כיום בישראל התקשרויות פרטניות מול תסריטאים ובימאים על השימוש ביצירות התסריט והבימוי (כלומר השידור) אלא רק התקשרויות מול תלי. ההתקשרות האינדיבידואלית מול תסריטאים ובימאים נמשכת כמתואר לעיל, אך בסופה, כאשר מגיע רגע השידור, נדרש תמיד הסכם מול תלי.
149. יש לכן צורך ברור בתנאי, אשר יאסור על תלי ועל כל חברי ההסדר הכובל – תלי והבימאים והתסריטאים הפועלים במסגרתה – לנקוט כל פעולה שהיא שמטרתה או תוצאתה פגיעה בתחרות בין התסריטאים והבימאים או הפחתה של התחרות בכל הנוגע לתנאי ההסכם עם תסריטאי ובימאי בכלל, ובפרט בכל הנוגע לשאלת הכללת "סעיף תלי" בהסכם.
150. בין היתר, במסגרת זו יצטרכו תלי וחבריה להימנע מכל הפעילויות שנקטו בעבר: קריאה לחברים לא לחתום על הסכם ללא סעיף תלי, הפגנות, התנכלות לתסריטאים ובימאים שיחתמו על הסכם ללא סעיף תלי וקביעה בהסכמי הרישיון של תלי כי גוף שידור מסכים בכך להכללת סעיף תלי בהסכמיו עם בימאים ותסריטאים.
151. מן הראוי לציין, שלא מונחת כלל בפני בית הדין הנכבד בקשה לאישור כבילה זו שבהסדר הכובל; הפעילות של תלי וחבריה להכתבת קו פעולה של הכללת "סעיף תלי" בהסכמים של

כל התסריטאים והבימאים, כלל אינה נזכרת בבקשת האישור וממילא לא התבקש לה אישור. עם זאת, הואיל ומדובר בנדבך מהותי ביותר במכלול פעילות תלי וחבריה, יש הכרח להבהיר במסגרת תנאי האישור כי פעילות זו של תלי וחבריה הינה אסורה.

ח.ח. אי-גביית תמלוגים בגין שידורים ראשונים של תוכנית שהפיק או הזמין גוף שידור

152. כמתואר לעיל, כיום דורשת תלי תמלוגים כבר בגין השידור הראשון של התוכנית שהפיק גוף שידור דוגמת קשת או שהופקה בהזמנת גוף השידור.

153. גביית התמלוגים כבר בגין שידורים ראשונים הינה כבילת מחיר עירומה בין חברי תלי. גוף השידור הרי מתקשר בהסכם אינדיבידואלי עם התסריטאי והבימאי. קשת מייחסת חשיבות עליונה לתשלום לתסריטאים ולבימאים אולם אין כל סיבה להפרדה המלאכותית בין התשלום על כתיבת התסריט או עבודת הבימוי - שהוא תשלום הנקבע בהסכם האינדיבידואלי בין התסריטאי/במאי לבין קשת - לבין התשלום בגין שידורה של אותה עבודת בימוי או תסריטאות. לפיכך, אנו סבורים כי בכל הנוגע לשידורים הראשונים, ההסכם הפרטני עם התסריטאי ולבימאי הוא המקום בו צריכה להיקבע התמורה לתסריטאי ולבימאי.

154. ודוק: השידורים הראשונים הם התוצאה המתבקשת והמיידית של הסכם בין תסריטאי או בימאי לבין גוף שידור אשר מפיק תוכנית טלוויזיה. אין מדובר בשימושים נוספים עתידיים, שאולי יקרו ואולי לא, ושאוּלֵי יהיו בהיקף רחב (אם תצליח התוכנית) ואולי בהיקף מצומצם. השידורים הראשונים הם החלק הבסיסי ביותר מההתקשרות האינדיבידואלית שבין גוף שידור לבין תסריטאי ובימאי.

155. ראו והשוו לעניין זה את ההסדר שהוסכם בין גופי השידור באנגליה לבין איגוד התסריטאים האנגלי, אשר קובע כי התשלום הראשון לתסריטאי ("Script Fee") אכן כולל את השידור הראשון, ורק בגין שידורים חוזרים של גוף השידור זכאי התסריטאי לתשלום נוסף. בהסדר האנגלי, התסריטאי מקבל תשלום עבור כתיבת התסריט ("Script Fee") ובתמורה מעביר את כל זכויות היוצרים לידי המפיק או גוף השידור - הזכויות אינן נשארות בידי התסריטאי או אגודה לניהול זכויות (ראו סעיף 6.1 בהסכם ITV). בה בעת, מוסכם מול התסריטאי כי הוא יהיה זכאי לתשלומים נוספים ככל שיעשו שימושים עתידיים בתוכנית ("Subsequent Use") דוגמת שידורים חוזרים ("Repeats") או מכירת DVD (ראו נספח B להסכם ITV). ודוק: כאמור, התשלומים הנוספים, שמעבר לתשלום עבור כתיבת התסריט, הם רק בגין שימושים עתידיים, שאולי יתרחשו ואולי לא, אך אין כל תשלום בגין השידור הראשון שמתווסף על התשלום לתסריטאי בגין הכתיבה.

נספח 4

ההסכם בין איגוד התסריטאים האנגלי לבין גוף השידור ITV, שכוּנה לעיל "הסכם ITV" מצורף כנספח 4¹⁶. הסכם בעל עקרונות זהים, בין איגוד התסריטאים האנגלי לבין איגוד המפיקים האנגלי, המתייחס להפקות מוזמנות של ה- Channel 4, Channel 5, Channel 4, ITV, BBC, מצורף כנספח 4¹⁷ (ראו בו סעיפים 15 ו-26).

¹⁶ הסכם ITV זמין באתר איגוד התסריטאים בכתובת: http://www.writersguild.org.uk/images/stories/wggb-docs/ITV-WGGB-PMA-final_with_appendices.pdf

¹⁷ הסכם PACT זמין באתר איגוד התסריטאים בכתובת: http://www.writersguild.org.uk/images/stories/wggb-docs/PACT_WG_2002.pdf

156. לכן, בכל הנוגע לשידורים הראשונים, אין כל דרך שהיא לקבל את טענת תלי כאילו חוסכת היא בעלויות עסקה. גוף השידור מתקשר כבר ממילא באופן אינדיבידואלי עם התסריטאי והבימאי לעניין זה ואין כל מקום לפעילות תלי. יצוין, כי תנאי זה ניתן להסדרה פשוטה במסגרת הכלים שמעמידים לרשותנו דיני זכויות היוצרים, וכך נתייחס בסעיף 169 להלן.

III.ח. תלי לא תייצג תסריטאים ובימאים בנוגע לתוכניות שהופקו בחו"ל ולא תייצג תסריטאים או בימאים ישראלים ביחס לשימוש בתוכניות בחו"ל

157. בכל הנוגע לרכש זכויות שידור בתוכניות זרות, קשת רוכשת מאז ומעולם, תמיד, תוכניות מבעלי זכויות שמרכזים בידם את הזכויות בתוכנית, לרבות בכל הנוגע לתסריט ולבימוי.

158. אם תלי תחל לעסוק גם בגביית תמלוגים בגין תוכניות מרכש זר, הרי שיהיה בכך כדי להעלות את עלויות העסקה ביחס לתוכניות אלה.

159. אך מובן גם, שכל טענותיה של תלי בנוגע לעבודת התסריטאי והבימאי ובנוגע לרמת השתכרותם הינן טענות שנטענו ואשר רלבנטיות לישראל בלבד. כמו כן מובן, שטענות בנוגע לחשיבות היצירה לתרבות הישראלית אינן רלבנטיות בכל הנוגע לרכש זכויות שידור בתוכניות זרות.

160. במקביל, יש גם חשיבות לכך שתלי לא תחזיק זכויות בכל הנוגע לשימוש בתוכניות טלוויזיה מחוץ לישראל. נסביר בקצרה להלן.

161. כיום, קשת נוהגת לוודא כי בהסכמים עם תסריטאים ובימאים יקבע שזכויות תלי יחולו רק על שימושים בתוכנית בישראל. זאת מכיוון שקשת גילתה שאין ביכולתה כלל ועיקר למכור זכויות שידור לחו"ל שיהיו כפופות לתשלום תמלוגים לתלי, שכן המשתמשים הזרים אינם מכירים הסדר זה ואינם מוכנים לקבלו.

162. ככל שאכן יפעלו חברי תלי לכך שהם יחזיקו בזכויות גם בנוגע לשימוש בתוכניות בחו"ל, הרי שתפעג באופן אנוש היכולת של קשת למכור זכויות שידור לחו"ל.

163. מהטעמים הללו יש לקבוע כי תלי תפעל במסגרת הישראלית בלבד. היא לא תייצג ותגבה תמלוגים בישראל בגין יצירות שהופקו בחו"ל, והיא לא תחזיק בזכויות הנוגעות לשימוש ביצירות חבריה מחוץ לישראל. המדובר בתנאים אשר, להבנתנו, תואמים ממילא את דרך פעולתה של תלי כיום, אך יש חשיבות לכך שתנאי האישור יבטיחו כי תלי לא תפנה לדרך אחרת.

IV.ח. פעילות תלי תוגבל לגביית תמלוגים בלבד בהתאם לשימוש בפועל ביצירות

164. תלי מקבלת את זכויותיה באמצעות הכללת "סעיף תלי" בהסכמים של תסריטאים ובימאים. ובסעיף זה נכללים תנאים חשובים אשר מווסתים את הכוח המונופולי הרב שצוברת תלי.

165. כפי שניתן להתרשם מנוסח "סעיף תלי", שמופיע לדוגמה בסעיף 2.5 ל"הסכם העברת זכויות בין תלי... לבין חבר או מיוצג" המצורף לבקשת האישור, הזכויות שמעביר התסריטאי/בימאי אל תלי הינן זכויות לגביית תמלוגים בלבד. זאת להבדיל מהזכות להרשות את השימושים, אשר נותרת בידי המפיק או הגוף המשדר. בנוסף, התסריטאי/בימאי מאשר במסגרת סעיף תלי, שהוא לא ידרוש תמלוגים מהמפיק או מהגוף המשדר בגין מכירת זכויות שימוש לצדדים שלישיים, אלא רק יפנה אל אותם צדדים שלישיים לשם גביית תמלוגים בגין השימוש שלהם בפועל.

166. הוראות אלה מוודאות כי פעילות תלי תוגבל, אכן, לגביית תמלוגים בגין שימושים בפועל ללא הפרעה לפעילות שוק השידורים ושוק מכירת זכויות השידור בתוכניות.

167. יש מקום להבטיח במסגרת התנאים, כי תלי אכן תמשיך לפעול במתכונת זו במשך כל תקופת האישור.

V.n. תנאים נוספים במתכונת התנאים שנקבעו לפעילות אקו"ם

168. ישנם שורה של תנאים אשר נקבעו לפעילות אקו"ם (ואף לפעילות הפדרציות לתקליטים), ואשר נראים הכרחיים לא פחות לפעילותה של תלי. להלן נמנה את המרכזיים ביניהם.

נספח 5

התנאים שנקבעו לפעילות אקו"ם בעניין הי"ע 513/04 אקו"ם בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח' מצורפים כנספח 5.

נספח 6

התנאים שנקבעו לפעילות הפדרציה לתקליטים בעניין הי"כ 705-07 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים ואח' מצורפים כנספח 6.

169. כפי שנקבע בסעיף 2.4 לתנאי אישור אקו"ם ובסעיף 3.4 לתנאי אישור הפדרציה לתקליטים, גם בענייננו יש לקבוע שתלי תאפשר לכל חבר להגיע באופן עצמאי לחסכם עם כל משתמש בדבר התמלוגים בגין שימוש ביצירתו שנמצאת ברפרטואר תלי. מבחינת דיני זכויות היוצרים, המנגנון המשמש לכך הוא "רישיון חוזר" (back license): במסגרת זו, היוצר מעביר זכויות לניהול האגודה (תלי, אקו"ם או הפדרציה), ואז האגודה מעניקה ליוצר "רישיון חוזר" שמתיר לו בעצמו לתת רישיונות לצדדים שלישיים. כך הזכויות מנוהלות בידי האגודה, אך גם היוצר יכול לתת בעצמו רישיון שימוש.

כפי שצינו, במסגרת מנגנון זה ניתן גם להסדיר את התנאי לפיו התסריטאי/בימאי בלבד הוא שיתן רישיון לשידורים הראשונים של היצירה ואילו תלי לא תעסוק בכך. מכוח הרישיון החוזר, יוכל היוצר להעניק את הרישיון לשידורים הראשונים. תלי עצמה, בהתאם לתנאים שיקבעו לפעילותה, לא תוכל לתת רישיון שכזה וממילא לא תוכל לגבות בגינו תמלוגים אחידים לכל התסריטאים והבימאים שמשותפים בהפקת טלוויזיה.

170. כפי שנקבע בסעיף 4 לתנאי אישור אקו"ם ובסעיף 5 לתנאי אישור הפדרציה לתקליטים, יש לקבוע כי גם תלי היא מונופולין ובהתאם עליה להימנע מניצול מעמדה לרעה.

171. כפי שנקבע בסעיף 8.3 לתנאי אישור אקו"ם ובסעיף 11.1 לתנאי אישור הפדרציה לתקליטים, יש לקבוע כי גם תלי תוכל להמשיך להעניק רישיונות שימוש ביצירות אפילו במקרה בו חבר תלי, תסריטאי או בימאי, פרש מתלי או הוציא יצירה כלשהי מהרפרטואר שבניהול תלי. מטרתו של תנאי זה הינה למנוע מצב בו גוף שידור או מפיק, שהפיק תוכנית טלוויזיה שזכויות בתסריט או בבימוי המשולבים בה הועברו לניהול תלי, מוצא עצמו בפני שוקת שבורה כאשר התסריטאי או הבימאי מחליט לפתע לפרוש מתלי.

יצויין, כי לפי המתואר בבקשת האישור של תלי¹⁸, היא אינה נותנת כיום מענה מספק למקרה שתואר לעיל; תלי ממשיכה לאפשר למשתמש להמשיך להשתמש ביצירה אך ורק עד תום תקופת הרישיון הנוכחי של המשתמש. דבר זה אינו מספק, שכן מי שהפיק תוכנית טלוויזיה


¹⁸ ראה: הערת שוליים 5 בעמ' 12 של בקשת האישור.


בהסתמך על כך שהתסריט והבימוי יכללו ברפרטואר תלי - להבדיל מאחזקתם בידי היוצרים האינדיבידואליים - אינו צריך למצוא עצמו לעולם במצב בו הוא אינו יכול להמשיך להתנהל במסגרת רישיון שמיכה מול תלי. זהו היגיון הדברים שהוביל לקביעת תנאי זה לפעילות אקום והפדרציה לתקליטים, והוא נכון במלואו גם בענייננו כאן.

ט. סיכום

172. שידורי קשת אינה מתנגדת לכך שבית הדין הנכבד יעניק לתלי אישור אשר יאפשר את המשך פעילותה. בה בעת, בעוד תלי מבקשת כי ההסדר יאושר ללא כל תנאים, אנו סבורים כי ישנם שורה של תנאים המתחייבים לאור מהות ההסדר הכובל והכבילות המצויות בו. ללא תנאים אלו, לא ניתן יהיה לומר כי ההסדר הינו לטובת הציבור וכי הוא עומד במבחנים שקבע בית דין נכבד זה לאישור הסדרים כובלים.

173. כמו כן תבקש שידורי קשת כי בית הדין הנכבד יפסוק לטובתה את הוצאותיה בהליך זה, לרבות שכ"ט עורכי דין.


בועז סיטיק, עו"ד


רון גזית, רוטנברג ושות'
ב"כ קשת

תל אביב, היום, 8 בדצמבר 2013