



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

- | תובעות                    |  |
|---------------------------|--|
| 1. טינקו בע"מ             |  |
| 2. תל אביב הילטון בע"מ    |  |
| 3. ישרוטל בע"מ            |  |
| 4. מלונות פתאל בע"מ       |  |
| 5. סוויס אמריקה בע"מ      |  |
| 6. התאחדות המלונות בישראל |  |
- ע"י ב"כ עוה"ד חיים שטרן, כרמית בר-און, עדי שחר ורועי מור

נגד

נתבעת	הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ
	ע"י ב"כ עוה"ד איל פרייס והילה שחר

### פסק דין

תובענה שעניינה דמי תמלוגים ראויים, שעל התובעות לשלם לנתבעת תמורת קבלת רישיון להשמעה פומבית של מוזיקה.

הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (להלן – **הפדרציה**) והתאחדות המלונות בישראל (להלן – **ההתאחדות**) חתמו על ארבעה הסכמים, בשנים - 1997, 2002, 2007 ו- 2010. משא ומתן לעניין גובה התמלוגים שישלמו המלונות, בהתאם להסכם חדש שיחול משנת 2011 ואילך, לא צלח.

בקדם המשפט הראשון שהתקיים בתובענה הסכימו הצדדים, "שעד להכרעה בתובענה, דמי הרישיון שישולמו ע"י התובעים יהיו לפי תעריף שנת 2010 צמוד למדד המחירים לצרכן... כן מוסכם בינינו שההסדר יחול על כלל המלונות עד להכרעה בתובענה". להסכמת הצדדים ניתן תוקף של החלטה (עמוד 2 לפרוטוקול).

בדיון אשר התקיים ביום 7.1.2019 גיבשו ב"כ הצדדים, בהמלצת ובסיוע בית המשפט, הסכם פשרה מפורט, שבסיסו בכך, שתעריף הפדרציה למלונות אשר עמד בתוקף עד ליום 31.12.2010 ימשיך לחול עד ליום 31.12.2028 (עמודים 511 – 512 לפרוטוקול, להלן – **הסכם הפשרה**).

הסכם הפשרה היה כפוף לאישור מוסדות ההתאחדות. הנתבעת נענתה בחיוב להצעת בית המשפט, אך מוסדות ההתאחדות לא אישרו את הסכם הפשרה.

לנוכח מצב החירום בשל התפשטות נגיף הקורונה הוצע לתובעות לשקול בשנית את עמדתן ביחס להסכם הפשרה (החלטה מיום 16.4.2020). **הנתבעת הסכימה, שוב, להצעת הפשרה ואף ציינה, שאינה גובה תמלוגים מעסקים בסקטור הפרטי שנסגרו בצו עקב משבר הקורונה (סעיף 2 לתגובה מיום 23.4.2020). מנגד, התובעות לא מצאו לנכון לשנות את עמדתן ביחס להסכם הפשרה.**



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

נדמה, שעדיף היה לו הצדדים היו מגיעים לכלל הסכמה לגבי התמלוגים, כפי שהוסכם בשנים עברו. אולם, ללא הסכמה חרף הניסיונות לקדמה, ניתנת החלטה זו (ראו: הי"ע (י-ם) 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח', פסק דין מיום 29.4.2004, פסקה 113; להלן – פסק דין הפדרציה).

### הצדדים לתובענה

התובעות הן חברות המנהלות בתי מלון בישראל והתובעת 6, התאחדות בתי המלונות בישראל, היא אגודה עות'מנית הרשומה בישראל, המאגדת ומייצגת כ- 350 בתי מלון (נכון לשנת 2016) המהווים כ- 90% מכלל המלונות בישראל.

בין יתר פעילויותיה של ההתאחדות עבור המלונות בישראל היא נוהגת לקיים משאים ומתנים מול תאגידי לניהול משותף של זכויות יוצרים לקבלת רישיונות לשימוש בזכויות יוצרים או זכויות מבצעים לצורך ביצוע השמעה פומבית של מוזיקה במלונות.

הנתבעת, הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ, היא ארגון לניהול משותף של זכויות יוצרים למפיקי תקליטים (חברות תקליטים או אמנים פרטיים שהפיקו תקליט על חשבונם) והיא עוסקת בהענקת רישיונות להשמעה (ביצוע פומבי) בישראל. הפדרציה מחזיקה ברפרטואר של למעלה מ- 80,000 תקליטים בעברית ועוד מיליוני הקלטות זרות (סעיף 117.6 לתצהיר גבי רונית שרביט). את הרפרטואר שלה מקנה הפדרציה ברישיון מרוכז ללא הגבלה, המכונה "רישיון שמיכה".

בנוסף לפדרציה קיימים ארגונים נוספים לניהול משותף של זכויות יוצרים: **אקו"ם** (אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה ישראלית), **הפי"ל** (הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ), **עיל"ם** (עמותה ישראלית לזכויות מוסיקאים מבצעים) ו**אשכולות** (סעיף 10 לסיכומי התובעות).

### הסעדים המבוקשים והטענות המועלות בכתב התביעה

בית המשפט מתבקש להצהיר, כי התמלוגים שהתובעות נדרשות לשלם לפדרציה עבור השמעה פומבית של מוזיקה במלונות הם בלתי סבירים ובלתי הוגנים (עמוד 3 לכתב התביעה, סעד א').

כמו כן מתבקש בית המשפט להצהיר מהו שיעור התמלוגים הסביר והראוי אותו על התובעות לשלם לפדרציה עבור השמעה פומבית של יצירות מוזיקה, שהפדרציה היא בעלת הזכויות לתת רשות השמעה עבורן, וזאת החל משנת 2011 ואילך (עמוד 3 לכתב התביעה, סעד ב').



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

מכתב התביעה עולות שש טענות מרכזיות ואלו הן :

טענה ראשונה היא, שהתעריף המודולרי גורם לכך, שהמלונות משלמים לפדרציה "תשלומים בכפל" לפי המתקנים במלון, אף שהאורח אינו יכול לשהות בו-זמנית בשני מקומות המלון גם יחד (סעיפים 61 – 67 לכתב התביעה).

טענה שנייה היא, שהתמלוגים שהמלונות נדרשים לשלם לפדרציה הם בלתי הוגנים "ביחס לתמורה הניתנת במסגרת הרישיון" (עמוד 3 לכתב התביעה, סעד א').

טענה שלישית היא, שהתמלוגים שמשלמים בתי המלון לפדרציה הם בלתי סבירים "ביחס למקובל בעולם" (עמוד 3 לכתב התביעה, סעד א').

טענה רביעית היא, שלפדרציה מגיע מהמלונות תמלוג בגובה מחצית (50%) מהתמלוג המשולם לאקו"ם, לפי "עוגת תמלוגים" שנקבעה בפסיקה לתשלום לארגוני זכויות יוצרים ומבצעים בישראל (סעיפים 51 – 56 לכתב התביעה).

טענה חמישית היא, שהתמלוגים "בלתי הוגנים ובלתי סבירים ביחס לדמי הרישיון המשולמים לארגונים אחרים לניהול משותף של זכויות יוצרים ומבצעים בישראל" (עמוד 3 לכתב התביעה, סעד א').

טענה שישית היא, שאין חובת תשלום תמלוגים עבור השמעת מוזיקה מוקלטת בחדרי המלון (סעיפים 72 – 77 לכתב התביעה).

### התמלוגים המוסכמים בין ההתאחדות לבין הפדרציה עד לשנת 2010

הממונה על הגבלים העסקיים פרסם בשנת 1996 היתר זמני לפעילותה של הפדרציה (נספח 2 לכתב התביעה). בסעיף 2 להיתר נכתב, ש"הפדרציה מסכימה להכרזתה כבעל מונופולין בתחום מתן רישיונות גורפים". בסעיף 5.5.1 נקבע, שיראו את הפדרציה כמנצלת לרעה את מעמדה כמונופולין, בין היתר, במקרה של "קביעה של דמי רישיון השמעה בשיעורים בלתי הוגנים או בלתי סבירים...". בהמשך ניתן היתר זמני נוסף (נ/3). לאחר שניתן פסק הדין בעניין הפדרציה, פורסמו בשנת 2004 תנאי הפעילות של הפדרציה (נ/4). גם בהיתרים אלה נכתב, שהפדרציה הסכימה על הכרזתה כבעלת מונופולין וכי נאסר עליה לקבוע דמי רישיון בשיעור בלתי הוגן או בלתי סביר.

הממונה על הגבלים עסקיים הכריז ביום 24.1.2005 על הפדרציה כעל בעלת מונופולין בשוק מתן רישיונות שימוש גורפים בזכות שידור של רשומות קול מוזיקליות ובשוק מתן רישיונות שימוש גורפים בזכות ההשמעה הפומבית של רשומות קול מוזיקליות (מספר פרסום 5000009).



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

סעיף 29א לחוק ההגבלים העסקיים, התשמ"ח-1998 (להלן – **חוק ההגבלים העסקיים**) [שם החוק שונה והוא היום "חוק התחרות הכלכלית, תשמ"ח-1988" ותוארו של הממונה שונה והוא "הממונה על התחרות"] אוסר על קביעת דמי רישיון "בלתי הוגנים" וההיתרים שניתנו לפדרציה לאורך השנים אוסרים עליה לקבוע דמי רישיון השמעה "בשיעורים בלתי הוגנים או בלתי סבירים" (סעיף 5.6.1 לנספח 1 לתצהירה של גב' שרביט, "התנאים המלאים לפעילותה של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ").

ביום 28.2.2017 פורסם גילוי דעת 1/17: "שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה". בפתח הנספח לגילוי הדעת מצינת הממונה, ש"המקרים המתאימים להפעלת סמכויות אכיפה יהיו המקרים בהם תעלינה אינדיקציות ברורות לכך, שהמחיר הנגבה **גבוה באופן משמעותי** מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות. אינדיקציות אלו יכול שיעלו ממכלול נסיבות העניין, ויכול שילמדו משימוש במבחני עזר" (הדגשה הוספה), שהם: בחינת הפער בין מחיר המוצר לעלות הייצור, ניתוח רווחיות ומבחן ההשוואה (להלן – **גילוי דעת 1/17**). לדעת הממונה על הגבלים עסקיים, כאמור, סמכויות האכיפה יופעלו במקרים שבהם "אינדיקציות ברורות לכך", שהמחיר הנגבה "גבוה באופן משמעותי מהמחיר שהיה נגבה בתנאי תחרות".

**הנחת המוצא של שני הצדדים בתובענה היא, שאסור היה לפדרציה לקבוע דמי רישיון "לא הוגנים או בלתי סבירים". הצדדים חלוקים, בין היתר, לגבי המבחנים שיש ליישם לצורך בחינת סבירות והוגנות התמלוגים ששולמו עד לשנת 2010.**

### מבחן ראשון – מוכר מרצון לקונה מרצון

"סכום התמלוגים הראוי והסביר שעל המלונות לשלם לפדרציה בגין רישיון לביצוע פומבי במלונות צריך להיות בגובה שווי הזכות שיוסכם בין מוכר מרצון לקונה מרצון" (סעיף 58 לסיכומי הפדרציה). כך נטען גם בסעיף 39 לכתב התביעה, ".... בכפוף למבחן הכלכלי משפטי של 'קונה מרצון – מוכר מרצון' המשקף שוק תחרותי חופשי" ובסעיף 74 לכתב ההגנה. לא הייתה מחלוקת בעניין זה.

עו"ד טוני גרינמן, המומחה מטעם התובעות (להלן – **עו"ד גרינמן**) כתב בחוות דעתו: "... העיקרון הראשון שאמור להנחות את בית המשפט או את מי שמכריע בקביעת שיעור תמלוגים שעל משתמש לשלם עבור שימוש בזכויות יוצרים הינו, כי **על התמלוגים לשקף את המחיר שהיה משלם קונה מרצון למוכר מרצון**, בהעדר השפעות של הכוח המונופוליסטי שבידי התאגיד לניהול משותף... **תעריף שאינו משקף מחיר בין מוכר מרצון לבין קונה מרצון עלול להיחשב כבלתי סביר או כבלתי הוגן**" (סעיף 21 לחוות הדעת, הדגשה הוספה). כך גם המומחית מטעם הפדרציה, ד"ר מרים ביטון (להלן – **ד"ר ביטון**) קבעה בחוות דעתה, "שיש לבחון את דרך קביעת תעריף הוגן בכל מקרה לגופו, על פי עקרון 'קונה מרצון מוכר מרצון'" (סעיף 41 לחוות דעתה).





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

עו"ד גרינמן נשאל בחקירתו הנגדית בעניין זה והשיב: "לא, אני אומר שהיום התאגיד רשאי לפרסם תעריפון ומי שחושב שהתעריפון אינו סביר רשאי לחלוק עליו. **אם נקבע תעריפון במשא ומתן עם איגוד עסקי זה יכול להוות איזושהי אידיקציה...**" (עמודים 96 – 97 לפרוטוקול, הדגשה הוספה).

יתר על כן, בהוראות שנקבעו על ידי הממונה על הגבלים עסקיים בהיתר שניתן בשנת 2004, נקבע, ש"תנאי רישיון השמעה שנקבעו במשא ומתן בין הפדרציה לבין איגוד עסקי, ישמשו גם בהתקשרויותיה של הפדרציה עם משתמש מסוג המשתמשים המאוגדים באיגוד העסקי שאינם משתייכים אליו..." (נ/4, סעיף 5.7; סעיף 5.8 לנספח 1 לתצהיר גבי שרביט).

עוד נקבע בהיתר, שהפדרציה אינה רשאית לסרב, סירוב בלתי סביר, לנהל משא ומתן עם כל איגוד עסקי שיבקש זאת ממנה (נ/4, סעיף 5.6). זאת ועוד, בתנאי ההיתר משנת 2010 (נספח 1 לתצהיר גבי שרביט) נקבע, שכאשר קיימת מחלוקת בין משתמש לבין הפדרציה לגבי התמלוגים, סכום התמלוגים שנקבע בהסכמה בעבר עם האיגוד המייצג אותו ישמש כדמי שימוש עד להכרעת בית המשפט במחלוקת (סעיף 6.1). באופן דומה, גם כבוד השופטת ענת ברון נתנה תוקף להסכמת הצדדים לפיה, דמי הרישיון שישלמו המלונות לפדרציה, עד להכרעה בתובענה, יהיו בגובה התמלוגים המוסכמים לשנת 2010.

הוראות אלה תומכות בטענות הפדרציה לגבי חשיבות ניהול משא ומתן עם איגודים עסקיים וחשיבותן של ההסכמות בין הפדרציה לאיגודים אלה לצורך קביעת מחיר השוק, שבין "מוכר מרצון לקונה מרצון".

יצוין, שבת"א 728/06 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' מוסיקה 24 בע"מ, (מיום 3.3.2009). נקבע, שיש לפסוק תמלוגים לפי מבחן "קונה מרצון מוכר מרצון" (פסקה 21).

ההתאחדות טוענת בסעיפים 62 – 63 לסיכומיה, שלא ניתן להחיל את המבחן של "קונה מרצון מוכר מרצון" במקרה דנן. בסיכומי התשובה לסיכומי הפדרציה נטען, שהתובעות לא נסוגו ממבחן זה אלא הוכיחו, שקיים קושי ביישום המבחן ולא ניתן לקבוע, שההסכמים שנחתמו בין הצדדים משקפים תעריפים שבין מוכר מרצון לקונה מרצון (סעיף 11 לסיכומי התשובה).

עם זאת נדמה, שאין מחלוקת לגבי חשיבותו של המבחן והמחלוקת היא לגבי יישומו במקרה דנן.

הפדרציה מפרטת בסיכומיה (סעיפים 77 – 99) טענות, עובדות ונתונים המוכיחים, לגישתה, ש"התמלוגים המקובלים בישראל ב – 14 השנים שקדמו להגשת התובענה עומדים במבחן 'מוכר מרצון קונה מרצון' – מדובר בתמלוגים מוסכמים פרי מו"מ".



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

- א. מאז שנת 1997 ועד שנת 2010 שילמו המלונות בישראל תמלוגים עבור רישיון השמעה בחצריהם – בשיעור שהוסכם במשא ומתן בין הפדרציה להתאחדות (סעיפים 33 – 38 לתצהיר גב' שרביט).
- ב. במשך השנים, המלונות לא שילמו לפדרציה תמלוגים אלא לאחר שההתאחדות סיימה לנהל את המשא ומתן עם הפדרציה והגיעה לתמלוגים בשיעור המוסכם עליה. אין מדובר בהסכמה חד פעמית: מדובר ב- 14 שנים שבהן נוהלו ארבעה סבבים של משאים ומתנים. כל אחד מהם הבשיל לכדי הסכם רב-שנתי עם הפדרציה (בשנים 1997, 2002, 2007, ו- 2010; נספחים 4-א ד לתצהיר גב' שרביט).
- ג. עצם קיומם של ההסכמים "הועלם" בחוסר תום לב ולא הוזכר בכתב התביעה.
- ד. המשא ומתן לא נוהל על ידי מלונות בודדים באופן פרטני, אלא על ידי התאחדות המלונות. מדובר באיגוד עסקי חזק המייצג למעלה מ- 350 מלונות בישראל, 90% מבתי המלון בישראל. ההתאחדות יוצגה במשאים ומתנים אלה בידי "סוללת" פרקליטים מב"כ התובעות ונעזרה ביועצים כלכליים לאורך השנים.
- ה. ההתאחדות היא "הסדר כובל" כשלעצמו, בשל עוצמתה ומספר בתי המלון שהיא מנהלת משא ומתן עבורם. לפיכך, היה עליה לקבל אישור מהממונה על הגבלים עסקיים לניהול המשא ומתן הקולקטיבי מול הפדרציה. בהחלטתו להתיר להתאחדות לנהל משא ומתן קולקטיבי מול הפדרציה הזכיר הממונה, כי ניהול משא ומתן בשם מלונות כה רבים גורמת לפגיעה בתחרות, בשל "יצירת כוח שוק מול הספק...". קרי, כוח שוק מול הפדרציה. הממונה אישר את המשא ומתן מהטעם, ש"אין ספק כי חבירתם של בתי המלון לצורך ניהול משא ומתן קולקטיבי, מגלמת בתוכה חיסכון של ממש בעלויות עסקה ואכיפה, כמו גם שיפור משמעותי בכושר המיקוח היחסי של בתי המלון מול תאגידי הניהול המשותף" (נ/1, עמ' 4). ההתאחדות קיבלה את אישור הממונה לייצוג משותף וניהול משא ומתן מול הפדרציה והיא אכן עושה זאת במשך השנים (נ/1, נ/2, עמוד 14 לפרוטוקול).
- ו. התמלוגים שהוסכמו במשא ומתן בין ההתאחדות לבין הפדרציה לא חייבו את המלונות החברים בהתאחדות והיו בגדר המלצה בלתי מחייבת. כל מלון היה בן חורין להחליט אם רצונו להתקשר עם הפדרציה בהסכם רישיון לפי התנאים שהושגו על ידי ההתאחדות, אם לאו. בפועל, לא הציגו התובעות הוכחה למחיר אחר ששולם על ידי מלונות אלה או אחרים, שכן לא היה כזה. התובעות ויתר המלונות בישראל בחרו לאמץ את ההסכמות אליהן הגיעה ההתאחדות פעם אחר פעם עם הפדרציה ועשו כן באופן חופשי ומרצון.
- ז. במשאים ובמתנים בין הפדרציה לבין ההתאחדות לאורך השנים פעלה הפדרציה באורך רוח עד להשגת הסכמה על תנאי הרישיון והתמלוגים. כל משא ומתן נמשך חודשים ואף שנים. המשאים ומתנים נמשכו עד ליציאת "עשן לבן" כשהמגעים נמשכים לאחר שחלפה תקופת ההסכם הקודם, תוך שפרק זמן זה ממשיכים המלונות להשמיע מוזיקה בפומבי בהסכמת הפדרציה, אף שאין עדיין הסכמה על שיעור התמלוגים בתקופה החדשה: ההסכם לשנת 1997 נחתם באיחור של 3.5 חודשים, ביום 15.4.1997 (נספח 4א לתצהיר גב' שרביט);



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12-06-43838 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

- ההסכם בגין השנים 2000 עד 2006 נחתם כמעט שלוש שנים לאחר תקופת הרישיון, בדצמבר 2002 (נספח ב' לתצהיר גבי שרביט); ההסכם משנת 2007 נחתם באיחור של כ- 8 חודשים, ביום 20.8.2007 (נספח ג' לתצהיר גבי שרביט); ההסכם לשנת 2010 נחתם באיחור של – 6 חודשים, ביום 30.6.2010 (נספח ד' לתצהיר גבי שרביט).
- ח. ההפחתה בשיעור התמלוגים ששילמו המלונות לפדרציה על פני השנים מעידה אף היא על מחיר הוגן בין מוכר מרצון לקונה מרצון. במשאים ומתנים שבין הפדרציה לבין ההתאחדות מאז 1997 עד 2010 הופחת שיעור התמלוגים בשיעור ריאלי של כ- 25% (סעיף 38 לתצהיר גבי שרביט; סעיף 27 לחוות דעת פרלמן).
- טענת התובעות בסיכומיהם, שאירגוני זכויות יוצרים כלשהם בישראל העלו את התמלוגים מהמלונות מעת לעת (סעיף 14 לסיכומים), אינה נתמכת בראיות ואינה נכונה ככל שמדובר בפדרציה.
- ט. טענת התובעות בסיכומיהם, שההסכמים (שהועלמו מכתב התביעה) אינם פרי הסכמה מרצון, נסתרת מחומר הראיות. ההסכמים כוללים שורה ארוכה של הוראות המבטאות את הישגיה של ההתאחדות במשאים ומתנים מול הפדרציה, כפי שהודה בחקירתו ממלא מקום נשיא ההתאחדות, מר נאור חן: לפי דרישת ההתאחדות וביוזמתה הוזלו התמלוגים למלונות בישראל בשיעור 10% בשנת 1997 לאור משבר בענף התיירות (עמ' 17 לפרוטוקול); בשנת 1999 "נפתחו" תנאיו של ההסכם שעמד בתוקף באותה שנה וגם הפעם, לדרישת ההתאחדות, שבו והוזלו התמלוגים למלונות ב- 5% (נספח 2 לתצהיר גבי שרביט); בהסכם בין הצדדים משנת 2002, עלה בידי ההתאחדות להוזיל פעם נוספת תעריפים בשיעור של 27.5%. בשנת 2002 הוכנס להסכם בין הצדדים סעיף המעניק הנחות נוספות למלונות בתמלוגים, במקרה של ירידה באחוזי התפוסה. גם סעיף זה הוכנס ביוזמת ההתאחדות ולפי דרישתה; בשנת 2007 הוסף בהסכם פטור למלונות מתשלום תמלוגים במתקנים חדשים (למשל למסעדה/חדר כושר חדשים), ביוזמת ובדרישת ההתאחדות; בשנת 2007 הוכנס סעיף להסכם בין הצדדים הקובע, כי מלונות פטורים מתשלום תמלוגים בגין השמעת מוזיקה בחדרי הכושר במלונות, אם המלונות אינם מתירים כניסת מנויים חיצוניים לחדר הכושר למי שאינו אורח במלון. עוד בשנת 2007 הוסף להסכם בין הצדדים סעיף הפוטר מתשלום תמלוגים ממסעדות במלונות, שאין להם כניסה נפרדת לקהל חיצוני ושאינן פונות במסר שיווקי לקהל הרחב (עמודים 17 – 22 לפרוטוקול).
- י. במהלך השנים הרבות שבהן נוהלו משאים ומתנים, ההתאחדות נתנה ביטוי להוגנותה של הפדרציה במכתבים שהיא עצמה הפיצה למאות חבריה. מדובר במסמכים אותנטיים מזמן אמת המשקפים את הלך הרוח האמיתי של ההתאחדות בסיומו של כל משא ומתן שנוהל עם הפדרציה.
- יא. הוכח, כי קיים מחיר שוק שהוסכם בין הצדדים ושיש לתת לו משקל מכריע שכן הראיות המשמעותיות ביותר לקביעת שיעור התמלוגים הוגן הן הסכמים רצוניים בין הצדדים.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12-06-43838 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

תעריפי הפדרציה, מאז שנת 1997 לפחות, לא נוצרו יש מאין ומקורם בהסכמות לאורך השנים.

יב. התמלוגים ב- 14 השנים שקדמו לתביעה היו מ"מוכר מרצון לקונה מרצון" גם מהטעם שהמשאים ומתנים היו שוויוניים וכוחה של הפדרציה בהם היה מוגבל. מדובר בשורת תנאים ומגבלות אשר הממונה על הגבלים עסקיים השית על הפדרציה (ואשר אושרו בבית הדין להגבלים עסקיים בפסק דין הפדרציה) במטרה לאיין כל כוח מונופוליסטי (נספח 1 לתצהיר גב' שרביט, 3/נ, 4/נ):

1. בין השנים 1997 - 2010 עמדה להתאחדות ולמלונות אפשרות מוקנית להביא בכל עת להכרעת בתי המשפט את גובה התמלוגים לתשלום לפדרציה. התובעות בחרו שלא לעשות כן במשך 14 שנים. התובעות לא פנו לבית המשפט בבקשה לבחון את שיעור התמלוגים לאורך כל אותן שנים. במקום להשיג על גובה התמלוגים בבית המשפט העדיפה ההתאחדות להשיג הישגים במשאים ומתנים עם הפדרציה ולהגיע לתעריפים מוסכמים. הימנעות ההתאחדות מלפנות לבית המשפט והחלטתה להתקשר בארבעה הסכמים רצופים מדברת בעד עצמה: ההתאחדות ידעה שביכולתה לנצל את כוח המיקוח שלה כאיגוד עסקי באופן יעיל במשא ומתן עם הפדרציה. מה שמהווה ראייה מכרעת לסבירותם של התמלוגים והגינותם (סעיפים 64 – 67 לחוות דעת ד"ר ביטון).
2. במטרה להחליש את יכולת הפדרציה עוד יותר כלפי משתמשים החולקים על התמלוג שהיא מבקשת, אסר בית הדין להגבלים עסקיים על הפדרציה לעתור נגד המשתמשים לבית המשפט לקבל סעד זמני של פיצוי סטטוטורי או צו מניעה זמני, אם המשתמשים החולקים על התמלוג המבוקש מסכימים לשלם תמלוג זמני בשיעור שיקבע בית המשפט (סעיף 6.3 להיתר משנת 2001, 4/נ). משתמש שכזה אינו עומד תחת איום של הפסקת שימוש במוזיקה. מדובר בהגבלה ניכרת שהושתה על הפדרציה, שהרי זכויות אלה עומדות לכל בעל זכויות יוצרים שנעשה שימוש בזכויותיה ללא הסכמה על הסכום.
3. התמלוג לפדרציה בנוי באופן מודולרי בהתאם להיקף השימוש, לפי מספר המתקנים בכל מלון וגודלם. התמלוג הוא פונקציה של גודל המלון ומספר האנשים הנחשפים למוזיקה במקום. קיימת הלימה בין היקף השימוש מול גובה התמלוג, דבר ההופך את התמלוג למוצדק ושוויוני (סעיף 19 לחוות דעת ד"ר ביטון).
4. בית הדין להגבלים עסקיים קבע, כי לצד הזכויות המוענקות לפדרציה תישארנה לחברות התקליטים, המעבירות הזכות להעניק רישיונות כאמור, גם במישרין.
5. כוח השוק של הפדרציה רוסן לאורך השנים גם מהטעם, שלמלונות היו חלופות לרפרטואר הפדרציה, המלונות יכלו לעשות שימוש במוזיקה של הפיי"ל, להקליט מוזיקה מחדש או להשמיע מוזיקה שמצויה בנחלת הכלל.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12-06-43838 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

6. לבתי המלון הייתה גם אפשרות לפנות לחברות התקליטים ישירות ולקבל מהם רישיונות באופן ישיר ללא הפדרציה (עמ' 209 לפרוטוקול).
7. בפסק דין הפדרציה הורה בית המשפט לפדרציה לתת לכל מלון שיבקש זאת רישיון חלקי, המוגבל לשידור תקליטים בחדרי המלון בלבד ולא להתנות זאת ברישיון כולל ליתר מתקני המלון, אשר בשונה מרדיו וטלוויזיה בחדרים, יש למלון אפשרות בחירה מוקדמת ושליטה מוחלטת על בחירת הרפרטואר המושמע בהם. הבחירה, האם לרכוש רישיון למתקן כלשהו, לרבות החדרים, נתונה לשיקול דעת כל מלון ומלון והמלוונות אינם חייבים לרכוש רישיון השמעה הכולל את החדרים (עמ' 206, 207, 212 לפרוטוקול).
8. בית הדין להגבלים עסקיים הכפיף את ההיתר לפדרציה לפעול בשנת 2004 למגבלות הללו בקובעו, שתנאים אלה ירסנו את כוחה של הפדרציה (פסקה 115 לפסק הדין). חיזקה, כי עמידה בתנאי ההסדר שנקבעו על ידי בית הדין להגבלים עסקיים הגבילו את כוחה של הפדרציה. לעניין זה מציין המומחה מטעם התובעות, עו"ד גרינמן, בספרו "זכויות סופרים" (מהדורה שנייה). בעמ' 940: "במתן היתרים לפעילותן של הפדרציות לתקליטים ושל אקו"מ אכן התנה בית הדין להגבלים עסקיים את הפעילות האמורה בתנאים שנועדו למנוע ניצול לרעה של הכוח המונופוליסטי של התאגידים ואת הפגיעה בציבור שנגרמה מהפגיעה בתחרות", ובעמוד 945: "תנאי ההיתרים שניתנו לאקו"מ ולפדרציות לתקליטים ממתנים את כוחם של תאגידים אלה לנצל את האיום המשפטי".

הפדרציה הגישה ראיות רבות והציגה טיעונים משכנעים, שאכן התערפים המוסכמים עומדים במבחן של "מוכר מרצון קונה מרצון" - החל מרצף הסכמים במשך 14 שנים, הפחתת התמלוגים בשיעור ריאלי, אפשרות פניה לבית המשפט שלא נוצלה, וכלה במגבלות שהוטלו על הפדרציה ביחסיה עם התובעות.

מששוכנעתי, שמדובר היה בתמלוגים מוסכמים בין מוכר מרצון לקונה מרצון קשה לאפיין את הפדרציה כמי ש"קבעה" את דמי התמלוגים, במובן זה קביעה והסכמה הן תרתי דסתרי.

מנגד, ההתאחדות לא השכילה להוכיח, שלא מדובר בהסכמים בין מוכר מרצון לבין קונה מרצון. ההתאחדות, המודעת לחולשת עמדתה, טוענת בעניין זה, שאף אם נניח שתערפי התמלוגים עד לשנת 2010 "מקורם בהסכמות שהושגו בין הצדדים", לא כך הדבר בנוגע לתעריון 2011 (סעיף 14 לסיכומי התשובה).

לא מן הנמנע, שטענות ההתאחדות לגבי השנים 1997 – 2010 לא נועדו אלא כדי למנוע הסתמכות על תערפים אלה כאשר באים לבחון את תעריון 2011.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

### מבחן שני – השינוי בתעריף הפדרציה לאורך זמן

לטענת הפדרציה, במהלך השנים 1997 – 2010 ירד שיעור התמלוגים המוסכמים במלונות בכ- 25% מבחינה ריאלית (סעיף 27 לחוות דעת פרלמן), למרות שרפרטואר הפדרציה גדל במהלך השנים (סעיף 117.6 לתצהיר גבי שרביט). עובדות אלה כשלעצמן מוכיחות העדר ניצול לרעה ומחזקות את המסקנה בדבר סבירות והוגנות התמלוגים שהוסכמו בין הפדרציה לבין ההתאחדות (סעיף 100 לסיכומי הפדרציה).

טענה זו מתקבלת על הדעת, שכן לו הפדרציה הייתה מנצלת את כוחה לרעה, ניתן להניח, ששיעור התמלוגים היה מאמיר ברבות השנים ולא מופחת עקב הרחבת הרפרטואר. הפחתת שיעור התמלוגים לאורך שנים, כאשר הרפרטואר גדל, מצביע דווקא על הוגנות מצד הפדרציה.

על מנת להתמודד עם עובדות אלה ועם המסקנה המתבקשת מהן, טוענת ההתאחדות, שתעריף התמלוגים הראשון, משנת 1997, לא היה סביר ועל כן הפחתת התמלוגים אינה מצביעה על סבירות התעריף או על הוגנותו.

טענה זו לא הוכחה. התובעות לא הגישו ראיות בעניין וגם לא חוות דעת מומחה או תחשיב כלשהו התומך בטענה. מר נאור חן, מטעם ההתאחדות, השיב בחקירתו הנגדית, שלא נכח במשא ומתן עם הפדרציה בשנת 1997. לדבריו, הטענות שהעלה בתצהירו מתייחסות רק למשאים ומתנים שנכח בהם (עמ' 15 לפרוטוקול). לעומת זאת, הפדרציה הביאה ראיות לכך, שכבר בשנת 1997 הוענקה למלונות הנחה של 10% לתעריף התמלוגים שהוסכם קודם לכן לאותה שנה, בשל טענות ההתאחדות למשבר בענף התיירות (סעיף 38א' ונספח 4א' לתצהיר גבי שרביט) וראיה על כך, שבאפריל 1997 ההתאחדות הודתה לפדרציה על ההנחה שהוענקה לבקשת ההתאחדות (נספח 3 לתצהיר גבי שרביט).

לטענת התובעות (סעיף 58.4 לסיכומיהם) רוי"ח פרלמן לא בחן את סבירות התמלוגים שהוסכמו מלכתחילה בשנת 1997. רוי"ח פרלמן נשאל על כך בחקירתו הנגדית והשיב, שלא קיים מודל מתמטי או תחשיב שניתן היה להציב בהם מספרים ולקבל נוסחה לגבי סבירותו של תעריף זכויות יוצרים של ארגון לניהול משותף או מהו התעריף הראוי (עמודים 356, 369 - 370 לפרוטוקול). מנגד, התובעות לא הציגו תחשיב או חוות דעת מומחה כלכלי המראה, האם ניתן וכיצד ניתן לבצע תחשיב כזה. התובעות גם לא הציגו נסיבות אחרות אשר היו יכולות להוות הצדקה לירידה ריאלית בתעריף הפדרציה למלונות (סעיף 58.5 לסיכומי התובעות).

בחינת הראיות בכל הנוגע להפחתת שיעור התמלוגים המוסכם לאורך השנים מוביל למסקנה, שהפדרציה לא ניצלה לרעה את כוחה המונופוליסטי.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

**מבחן שלישי – התמלוגים שמשלמים בתי המלון בשים לב להכנסות, להוצאות ולרווחיות שלהם**

על פי חוות דעת המומחה הכלכלי מטעם הפדרציה, רו"ח פרלמן, תמלוגי המלונות לפדרציה זניחים בהשוואה להכנסות, להוצאות ולרווחים של המלונות. התמלוגים מהווים כשלוש עד ארבע מאיות האחוז מהכנסות המלונות, כארבע עד חמש מאיות האחוז מהוצאותיהם וכשש עשרה עד עשרים מאיות האחוז מרווחי בתי המלון (סעיף 39 לחוות דעת פרלמן). לטענת הפדרציה, זניחותם של התמלוגים מלמדת, שלא מדובר במחיר בלתי הוגן. עוד טוענת הפדרציה, שנתונים אלה לא הוכחו ולא נסתרו על ידי ההתאחדות בחוות דעת נגדית ועל כן בפני בית המשפט חוות דעת אחת בלבד ויש לקבלה.

התובעות מתנגדות לבחינת סבירות התמלוגים נוכח הכנסותיו ורווחיו של בית המלון. לשיטתן, מחיר הרישיון אמור להיות קבוע, מנותק משיעור ההכנסות, הרווחים וההוצאות.

רו"ח פרלמן סבור, שההכנסות והרווחים של המשתמש מהווים אף הם אחד האינדיקטורים הכלכליים לסבירות התמלוג המשולם על ידו (עמ' 371 – 373 לפרוטוקול). רישיון לאותה מוזיקה, כאשר הוא מוענק לבתי עסק בענפים שונים בעלי פוטנציאל הכנסות ורווח שונים זה מזה, מצדיק מחיר שונה (עמ' 379 – 383 לפרוטוקול).

עוד טוענת הפדרציה, שדברי בית הדין להגבלים עסקיים בפסק דין הפדרציה תומכים במסקנתו של רו"ח פרלמן. בית הדין פסק, כי הפליית מחירים בין סוגי עסקים שונים, באופן שהתמלוג הנקבע מותאם לגודלם וליכולתם השונה לשלם עבור רישיון – הוא הצודק ולא תמחור אחיד: "... מקובלת עלינו טענתו של הכלכלן בן ישי, כי נראה כי הפליית המחירים על ידי הפדרציה היא הפליית מחירים יעילה יותר מתמחור אחיד, שכן היא מאפשרת ליותר משתמשים לרכוש רישיון השמעה ולהשמיע מוזיקה באופן חוקי, זאת בהנחה כי למשתמשי הפדרציה שונות מהותית בביקוש או בנחיצות של השמעת מוזיקה. באופן זה יכולה הפדרציה להעניק רישיונות השמעה הדרושים בחוק, במחיר זול יותר גם למשתמשים שערך השמעה עבורם קטן למדי. חיוב הפדרציה לקבוע מחיר אחיד היה גורם לכך שאותם משתמשים שלא היה ביכולתם לשלם את אותו מחיר היו נאלצים להימנע מהשמעת מוזיקה (או להפר את החוק). כך, בית קפה קטן המשמיע מוזיקת רקע יידרש לשלם את אותו הסכום שנדרש דיסקוטק והוא עשוי לוותר על השמעת מוזיקה" (פסקה 92 לפסק הדין).

לטענת התובעות, למצהירה ולמומחים מטעם הפדרציה אין מומחיות בענף המלונאות ועל כן אינם יכולים לנתח נתונים הקשורים לפעילות הענף ולהסיק מהם מסקנות (סעיפים 186 – 194 לסיכומי התובעות). עוד טוענות התובעות, שהמבחן הבודק את שיעור התמלוגים המשולמים לפדרציה ביחס להכנסות, להוצאות ולרווחיות בתי המלון הוא מבחן מניפולטיבי, שתוצאתו ידועה מראש ואין להסתמך עליו (סעיפים 195 – 206 לסיכומי התובעות).



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

נדמה, שיש טעם בטענת התובעות, שהעדים והמומחים מטעם הפדרציה אינם מומחים לענף המלונאות (עמודים 213 - 214, 558 - 560 לפרוטוקול). משכך, קיים קושי בקבלת טענתם, שתמלוגי המלונות "זניחים" בהשוואה להכנסות, להוצאות ולרווחים של המלונות. כמו כן, קיים קושי בקבלת הטענה, שסבירות התמלוגים נבחנת על בסיס כלל הכנסות, הוצאות ורווחי המשתמש. להבדיל, מהיקף החשיפה למוזיקה ומרכזיות המוזיקה אצל המשתמש. ד"ר ביטון, המומחית מטעם הפדרציה, נשאלה לגבי דיסקוטק והשיבה, "... מה אכפת לי אם הפקת מזה הכנסה או לא? הרי היקף התמלוגים שלי לא נגזר מההכנסות אלא מהיקף החשיפה למוסיקה..." (עמוד 257 לפרוטוקול). בהמשך השיבה: "... אין שום רלוונטיות וזה לא מעניין אותי מה ההכנסות של בית המלון. לא מדיסקוטק ולא מהבריכה" (עמוד 258 לפרוטוקול).

זאת ועוד, הפדרציה לא הציגה חוות דעת מומחה המלמדת על מתאם בין הכנסות המלון ורווחיו לבין השמעת מוזיקה במלון. רווחי המלון נובעים ממכלול שירותים הניתנים בו ולא ניתן לזקק את רכיב השמעת המוזיקה מיתר השירותים ולבחון את תרומתו היחסית לרווחי המלון ללא חוות דעת מתאימה. לפיכך, לא ניתן להתבסס על טענת "זניחות" התמלוגים כבסיס להוגנותם או לסבירותם.

לנוכח האמור המסקנה היא, שלא ניתן להשתמש במבחן "זניחות התמלוגים בשים לב להכנסות, להוצאות ולרווחיות" לצורך קביעת סבירות והוגנות התמלוגים ששילמו בתי המלון לפדרציה.

### מבחן רביעי – העדר רווחיות בענף התקליטים בישראל

לטענת הפדרציה, חברות התקליטים בישראל אינן מפיקות רווחיות גבוהה ואין להן רווחיות עודפת (סעיף 43 לחוות דעת פרלמן). בכך יש אינדיקטור עקיף נוסף לסתירת הטענה בדבר תמלוגים מופרזים. רוי"ח פרלמן למד על כך, בין היתר, מהנתונים הבאים: על פי נתוני הרווחיות של חברת התקליטים הישראלית אן אם סי (הגדולה בישראל בשנת 2010), בשנים 2009 ו-2010 מגזר הפצת התוכן של החברה לא נשא רווחים כלל. בשנת 2008 הרווח של החברה עמד על 1% מהכנסותיה (סעיפים 46 - 48 לחוות הדעת). קשיים פיננסיים משמעותיים אליהם נקלעה חברת התקליטים הישראלית הגדולה הד ארצי ורכישתה ב-2010 וציטוטים מדוחות תקופתיים של חברת אן אם סי בדבר אבדן מעמדן של חברות התקליטים (סעיף 50 לחוות הדעת).

המומחה בחן את רווחיה של חברת אן אם סי בהתאם למבחן עזר שהופיע בגילוי הדעת 1/14 של הממונה על הגבלים עסקיים (נספח ט"ו לחוות הדעת) לפיו, שיעור רווח של בעל מונופולין הנמוך מ-20% מההפרש בין עלות המוצר לבין מחירו, יקנה "נמל מבטחים" לבעל המונופולין. בהעדר יכולת לחשב את הפער בין עלות הייצור של הכנסות מביצוע פומבי של תקליטים והכנסותיה של החברה מהמוצר הצביע רוי"ח פרלמן על הרווח הכללי לאותה חברה באותה שנה (בגילוי דעת 1/17 הושמטה הגנת "נמל מבטחים").

התובעות לא השכילו להציג חוות דעת נגדית לסתירת חוות דעתו של רוי"ח פרלמן.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

התובעות הלינו על כך, שרו"ח פרלמן לא הציג את נתוני הרווחיות של יתר חברות התקליטים בישראל, אך רו"ח פרלמן הסביר, שנתוני הרווח של יתר חברות התקליטים לא היו בידיו, שכן הן חברות פרטיות ולפיכך אין לו גישה לנתונים הכספיים שלהן (עמ' 359, 402, 407 לפרוטוקול). גם גבי שרביט אישרה, שהנתונים הכספיים של חברות התקליטים אינם בידי הפדרציה (עמ' 506 לפרוטוקול).

יוצא אפוא, שגם מבחן "העדר הרווחיות" תומך בטענת הפדרציה, שאין מדובר בתמלוגים לא הוגנים או בלתי סבירים. על פי חוות הדעת הכלכלית היחידה המצויה בתיק ועל פי הנתונים הידועים לגבי חברת אן אם סי, שיעור הרווחים בשנים 2008 – 2010 נמוך ביותר (1% מההכנסות או פחות) ויש בכך כדי לחתור תחת טענת התובעות בדבר תמלוגים לא הוגנים או בלתי סבירים.

### מבחן חמישי – פער בין תמלוגי הפדרציה לבין עלות הייצור

לטענת התובעות, קיים פער בלתי סביר בין מחיר המוצר (התמלוג) לבין עלות הייצור. התובעות מבססות את טענתן על גילוי דעת הממונה על הגבלים עסקיים, באשר לפער מופרז בין עלות הייצור של מוצר למחיר המכירה שלו כמדד למחיר בלתי הוגן.

התובעות לא תמכו את טענתן בחוות דעת מומחה ולא בראיות אחרות. מטעם זה בלבד, דינה להידחות.

זאת ועוד, רו"ח פרלמן הבהיר בחקירתו הנגדית, שמבחן זה אינו רלוונטי לתובענה: בשונה ממוצרים אחרים, רישיון שמיכה לשימוש במיליוני תקליטים הוא מוצר ייחודי. עלות הייצור של הרישיון לפדרציה היא אפס והרווח לפדרציה ממנו אף היא אפס. שכן הפדרציה מקבלת לייצוג מיליוני תקליטים מוכנים מבעלי זכויות רבים, יוצרת מכך את ה"מוצר" (רישיון שמיכה) ואת הרווחים היא מחלקת ואינה משאירה בידה (עמ' 358, 436 לפרוטוקול). רו"ח פרלמן נחקר בעניינים אלה ועמד על דעתו, שבשונה ממוצרים אחרים, במקרה של רישיון שמיכה בזכויות יוצרים לא ניתן לבדוק את מחיר הבסיס של המוצר ואת עלות הייצור של רישיון שמיכה (עמ' 436 לפרוטוקול). רו"ח פרלמן השיב בחקירתו הנגדית, שלא ידוע מודל כלכלי המאפשר לחשב את מחיר הרישיון ביחס לעלויות הייצור של מיליוני תקליטים (עמ' 355 לפרוטוקול). ההתרשמות מעדות רו"ח פרלמן הייתה, כי מדובר בעדות רצינית ומקצועית. מנגד, התובעות לא הציגו חוות דעת כלכלית הקובעת אחרת.

לעניין זה נסמכת הנתבעת גם על פסק הדין בעניין הפדרציה בו נקבע, שמבחן זה אינו בר מימוש לגבי תמלוגי הפדרציה. "... מבחן עלויות הייצור. על פי מבחן זה, מחיר לא הוגן שיש בו משום ניצול המעמד המונופוליסטי לרעה, הוא מחיר שההפרש בינו לבין הוצאות הייצור הינו מוגזם... מבחן זה לא ניתן להפעיל במקרה שלפנינו, משום שעלות הייצור השולית הכרוכה בהוצאת רישיון שמיכה, (נוסף) היא כמעט אפסית..." (פסקאות 104, 105 לפסק הדין).



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

לנוכח זאת, נחזה שהתובעות לא הוכיחו ולא שכנעו בטענתן בדבר פער בלתי סביר בין תמלוגי הפדרציה לבין עלות הייצור.

**מבחן שישי, מבחן השוואה - טענת התובעות לפיה, תמלוגי הפדרציה להשמעה במלונות "גבוהים מהמקובל בעולם"**

התובעות טוענות בכתב התביעה, "יודגש כי שיעור התמלוגים המשולמים עבור השמעת יצירות מוגנות בישראל גבוהה בהרבה, בלשון המעטה, מהמקובל בעולם" (סעיפים 43, 47-49 לכתב התביעה). עוד טענו, כי נתונים המוכיחים זאת מצויים תחת ידה (סעיף 44 לכתב התביעה). אף בעניין זה כשלו התובעות להוכיח את טענתן.

עו"ד גרינמן צירף לחוות דעתו תעריפי תמלוגים למלונות מארגונים בארבע מדינות: אנגליה, קנדה, אוסטרליה וניו-זילנד. לטענתו, תמלוגי הפדרציה בישראל גבוהים לאין שיעור מהתעריפים בארבע מדינות אלה. אך, עו"ד גרינמן לא ביצע ולא הציג חישוב התמלוג שהיו משלמות התובעות על פי תעריפים אלה. כיצד ניתן לטעון, כי התמלוג לפדרציה גבוה מהתמלוג שהיה משולם על פי תעריפים בחו"ל מבלי לבצע את החישוב המציג תעריפים נמוכים יותר (קשיים נוספים העולים מחוות דעתו של עו"ד גרינמן בעניין זה מפורטים בסעיפים 173 – 195 לסיכומי הנתבעת).

התובעות נמנעו מלהגיש חוות דעת מומחה כלכלי להוכחת טענותיהן. המומחה מטעם התובעות, עו"ד גרינמן, הוא משפטן ולא כלכלן. התובעות הציגו נתונים כלכליים בתצהיר מפי מר יוסי קליגר, שלא בדרך של חוות דעת מומחה, והתצהיר נפסל בהחלטה מיום 14.6.16. עו"ד גרינמן הוא עו"ד המתמחה בזכויות יוצרים, אך הוא אינו מומחה להגבלים עסקיים ואינו כלכלן. כך לדבריו: "... אין זה בתחום מומחיותי לבצע ניתוחים כלכליים" (סעיף 23 לחוות הדעת). עו"ד גרינמן אף הודה, שלא בדק את התחשיבים עם אף אחד מהארגונים שאת תעריפיהן הציג וכי אין לו ניסיון קודם מול ארגונים אלה בנוגע לתעריפיו ואף לא ייצג לקוח כלשהו בענייניו (עמ' 99 לפרוטוקול).

התובעות לא השכילו להוכיח שיעור תמלוגים מקובל בין החברות בעולם, אלא הציגו נתונים מארבע מדינות בעולם. על סמך ארבע מדינות לא ניתן לקבוע כלל לגבי "תמלוג המקובל בעולם". זאת ועוד, המומחה בחר ארבע מדינות אנגלו-סקסיות ולא בדק למשל את ארצות הקונטיננט, שכן אין לו מומחיות במשפט הקונטיננטלי (עמ' 78 לפרוטוקול). עו"ד גרינמן לא ביצע סקירה של המקובל בעולם אלא דגם ארבע מדינות בלבד מתוך כ- 195 מדינות הקיימות בעולם. זאת ועוד, עו"ד גרינמן הודה, שאינו מומחה בשיטות המשפט בארבעת המדינות שבהן בחר (עמ' 75 לפרוטוקול). עוד עלה, שתעריפי התמלוגים שעליהם הסתמך, ובכלל זה שלוש מתוך ארבע המדינות, כלל לא נדונו ולא אושרו על ידי טריבונל שיפוטי באותה מדינה (עמ' 94 לפרוטוקול). כל זאת בשים לב לכך, שעו"ד גרינמן העיד כמומחה בהליך משפטי אחר, שאין לבחון תעריפים ממדינות שבהן הטריבונל שם לא בחן את התעריפים (נ/10, סעיפים 76, 90 לחוות הדעת).



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 12-06-43838 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

בסעיף 46 לכתב התביעה נטען, שישנו פער של מאות אחוזים בין התמלוגים שמשלמים המלונות לארגונים מסוגה של הפדרציה בארצות בעלות יוקר מחיה דומה לישראל לבין שיעור התמלוגים שמשלמים המלונות בארץ. עו"ד גרינמן הודה בחקירתו, שלא השווה בין נתוני רמת החיים באותן ארבע מדינות לבין רמת החיים בישראל, שלא בדק את התלייג באותן מדינות וכי אין לו את המומחיות הכלכלית הנדרשת לבצע בדיקות כאלה (עמד 75 לפרוטוקול).

בתי המשפט בישראל דחו כלא רלוונטיים דוגמאות לתעריפים של ארגונים מקבילים לפדרציה לתקליטים בחו"ל, "... לדוגמאות מחו"ל יש להתייחס בזהירות הואיל וספק אם די בראיות שהובאו על ידי התובעת בהקשר זה, כדי לתמוך בטענתה, שמדובר במדינות שתנאיהן הרלוונטיים דומים לתנאים הקיימים בישראל" (ת"א 455/05 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הוט זהב ושות', מיום 3.9.2009, פסקה 34). גם בפסק דין הפדרציה דחה בית הדין להגבלים עסקיים את בקשת הפדרציה להשוות את תעריפי התעריפי מדינות נוספות, "... מסתבר שגם מבנה התעריפים במדינות שונות אינו אחיד ומקשה על השוואת התעריפים..." (פסקה 109). גם פסק הדין בעניין ערוץ 24 קבע בית המשפט, כי תעריפי חו"ל אינם יכולים לשמש אמת מידה לפדרציה לתקליטים לבחינת סבירות התמלוגים בארץ (ת"א 728/06 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' מוסיקה 24 בע"מ, מיום 3.3.2009, פסקה 23).

לטענת הפדרציה, קיים שוני במרכיבי הרפרטואר, קיים שוני במבנה החוק בין המדינות וקיים שוני בגודל השוק. עו"ד גרינמן השיבה בחקירתו, שחובה להשוות בין הרפרטואר בישראל לבין הרפרטואר בארבעת המדינות שהוצגו, קודם להשוואת התעריפים (עמ' 79 לפרוטוקול), אלא שבדין התברר, שלא נעשתה השוואה או בדיקה כאמור על ידי התובעות (עמ' 80-82, 85 לפרוטוקול).

התובעות לא השכילו להוכיח, כי רישיונות ההשמעה בישראל הם "מוצר בר השוואה" לרישיונות ההשמעה בארבע המדינות שנבחרו להשוואה ולא השכילו לשכנע, שהתמלוגים ששולמו לפדרציה גבוהים מהמקובל בעולם.

**טענת התובעות לפיה – התמלוגים בלתי סבירים "ביחס לתמורה הניתנת ברישיון"**

טענה זו, כמעט ונעדרת מסיכומי התובעות (סעיף 156 לסיכומי הפדרציה).

הפדרציה מפרטת בסיכומיה את התמורה הניתנת ברישיון: רישיון הפדרציה הוא רישיון שמיכה לכלל רפרטואר הפדרציה, מיליוני הקלטות של חברות תקליטים רבות והכל תמורת תשלום בודד ברישיון אחד והוא מיועד למשתמש המעוניין בגישה בלתי מוגבלת לרפרטואר; רפרטואר הפדרציה כולל למעלה מ- 7 מיליון תקליטים עבריים וזרים של אמנים מובילים בישראל ובעולם. הרפרטואר צמח והתרחב בעשור האחרון לבדו בעשרות אחוזים (סעיפים 6-117.5 לתצהיר גב' שרביט), מדי יום מצטרפות עשרות ומאות הקלטות חדשות לרפרטואר (סעיף 24 - 26 לתצהיר גב' שרביט); מספר הפעמים שמותר למשתמש להשמיע את המוזיקה לפי הרישיון הוא בלתי מוגבל, בתמורה לדמי





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

רישיון שנתיים; רישיון השמיכה מאפשר להשמיע את האומן המקורי (סעיף 60 לתצהיר גבי שרביט). אם נחלק את דמי הרישיון השנתי ל- 365 ימים בשנה, העלות ליום של רישיון השמיכה מהפדרציה נע בין 9 ש"ח ליום (למלון שמשלם 3,000 ש"ח לשנה) לבין 54 ש"ח ליום למלון שמשלם 20,000 ש"ח בשנה (סעיף 119 לתצהיר גבי שרביט); המוצר התחליפי לרישיון שמיכה, נגינת מוזיקה חיה, כרוך בעלות של מאות אלפי שקלים בשנה (סעיף 59 לתצהיר גבי שרביט ונספח 10); מוזיקה מהווה מרכיב חשוב בהפעלת המלון והיא מנעימה את שהותם של אורחי המלון ולעיתים היא הכרחית להפעלת מתקני המלון (סעיף 48 לתצהיר גבי שרביט); המוזיקה היא כלי למשוך אורחים לבית המלון, כפי שעולה מחומרים שיווקיים של המלונות (סעיף 57 לתצהיר גבי שרביט); חלופה לרכישת רישיון מהפדרציה אינה מעשית בשל עלויותיה הגבוהות (סעיף 117.8 לתצהיר גבי שרביט); רישיון השמיכה חוסך משאבים עצומים, כגון פניה לעשרות חברי פדרציה ולקבל מכל אחד בנפרד רישיון; עלות התמלוגים למלון זניחה ושולית בהשוואה להכנסות, הוצאות ורווחי המלון (סעיף 40 לחוות דעת פרלמן).

עוד נטען, שעלותם הזניחה של התמלוגים לפדרציה היא אחד מהשיקולים שגרמו לממונה על הגבלים עסקיים להיענות לבקשתה של ההתאחדות לנהל משא ומתן משותף מול הפדרציה: "חבירתם של מתחרים זה לזה ברכישה משותפת של תשומה הנדרשת לפעילותם, עלולה לעיתים, להגדיר את ההסתברות לתיאום מחירים ביניהם... חשש זה מופג בענייננו – תשלום תמלוגים לתאגידי הניהול המשותף עבור רישיונות שימוש, מהווה רכיב קטן יחסית מסך העלויות של בתי המלון..." (2/ג).

זאת ועוד נטען, שהשמעת מוזיקה במלונות תורמת להגדלת ההכנסות ולשיפור הרווחיות ולפיכך היא בעלת ערך כלכלי (סעיפים 9 – 13 לחוות דעת פרלמן). בתי המלון משתמשים במוזיקה על מנת להנעים את שהותם של האורחים במלון ובלעדיה כוח המשיכה של המלון יהיה נמוך יותר (סעיפים 53 – 56 לתצהיר גבי שרביט).

לטענת התובעות, תרומת המוזיקה לפעילות המוזיקה במלון היא שולית בבחינת, Nice To Have.

מנגד טוענת הפדרציה, שהתובעות לא הגישו חוות דעת כלכלית לסתירת חוות דעת המומחה, רוי"ח פרלמן, בדבר הערך הכלכלי המדובר. מעבר לכך, גם אם המוזיקה אינה מהווה מרכיב מרכזי בפעילות המלון דומה, כי העלות השולית של הרישיון אינה חריגה אל מול הכנסות המלונות. עוד טוענת הפדרציה, שאלמלא היה למוזיקה ערך כלכלי עבור המלונות, לא היו טורחות לרכוש רישיון מהפדרציה.

הפדרציה מפרטת בסיכומיה מדוע המוזיקה היא מרכיב מרכזי עבור בתי המלון: ההתאחדות הודתה בסיכומיה שבתי המלון משתמשים במוזיקה על מנת להנעים את שהות האורחים במלונות (סעיף 73 לסיכומים); בתי המלונות מציינים את המוזיקה בחומרים השיווקיים כחלק מהשירותים שמשפק המלון לאורחיו ועל מנת לקדם מכירות (סעיפים 14 – 19 לחוות דעת פרלמן וסעיפים 57,







## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

58 לתצהיר גב' שרביט); רוי"ח פרלמן הפנה בחוות דעתו למספר מאמרים הקובעים, כי השמעה של מוזיקה בבתי מלון היא כלי שתורם להגדלת ההכנסות ולשיפור הרווחיות של בתי המלון (סעיפים 10 – 13 לחוות הדעת, עמ' 398 לפרוטוקול); טענת התובעות שהמוזיקה היא רק Nice To Have נטענה בעלמא וללא נימוק ענייני. תצהירי בעלי התפקידים בחמשת המלונות התובעים נוספו באופן אחיד וזהה כמו נעשה "העתק הדבק" בין התצהירים. עדותם היא עדות מעושה ולא מהימנה.

הפדרציה נסמכת גם בעניין זה על פסק הדין בעניין הפדרציה שבו נכתבו הדברים הבאים: "על רקע זה מחולק המחירון של הפדרציה הישראלית למספר תת קבוצות: **מקומות שלמוזיקה השפעה ישירה על הכנסת המקום** (אולמות אירועים, אולמות ריקודים, אולמות החלקה על קרח, דיסקוטק, **ובתי מלון**)..." (פסקה 87, ההדגשה הוספה).

רוי"ח פרלמן השיב בחקירתו הנגדית: שאילו הייתה נכונה טענת ההתאחדות שהמוזיקה היא רק Nice To Have עבור בתי המלון, משמעות הדבר היא, שלהתאחדות יש חלופות טובות לרפרטואר הפדרציה, שלפדרציה אין כוח שוק מול בתי המלון ושאין היא יכולה לגבות מהמלונות מחיר שאינו הוגן (עמ' 411, 412, 413, 415 לפרוטוקול).

עוד טוענת הפדרציה, שאמת מידה נוספת לכך שלמוזיקה חשיבות בבתי המלון הן תקנות שירותי התיירות (בתי מלון), תשע"ג – 2013. לפי התקנות, טלוויזיה היא אלמנט חובה בחדר ואף מקנה ניקוד. מוזיקה בשטחים ציבוריים שאינם חדרי המלון מקנה ניקוד נוסף לבתי המלון. הפדרציה מפנה בסיכומיה לתצהירי מר גובוזוב וגב' שכטר מהם עולה, שהמלונות עושים שימוש אינטנסיבי במוזיקה במתקני מלון רבים ומגוונים (חדרי המלון, חדר כושר, אולמות אירועים, מסעדות, בריכה, טרקלין ועוד).

מכל האמור עולה, שלמוזיקה מוקלטת מרפרטואר הפדרציה יש ערך כלכלי למלונות וכי רישיון הפדרציה מעניק תמורה סבירה למלונות.

### סיכום ביניים

בחינת טענות הצדדים והמבחנים שתוארו לעיל מובילה למסקנה, שהתמלוגים המוסכמים בין ההתאחדות לבין הפדרציה עד לשנת 2010 היו הוגנים וסבירים וטענות התובעות בעניין זה נדחות.

לנוכח מסקנה זו ונוכח האמור בהמשך, מתייתר הצורך לדון נושאים חשובים שעלו בטענות הצדדים, ובין היתר הנושאים הבאים: האם המבנה המודולרי של תעריף הפדרציה לבתי המלון סביר והוגן והאם השמעת מוזיקה בחדרים מהווה השמעה פומבית המחייבת תשלום תמלוגים.



## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

מעבר לכך יצוין:

התובעות טוענות, שיש לבחון את "ההליך" בראי דיני ההגבלים העסקיים ולא בראי דיני זכויות יוצרים (סעיף 44 לסיכומי התובעות). עוד טוענות התובעות, שד"ר ביטון, אשר הגישה חוות דעת מטעם הפדרציה, אינה מומחית להגבלים עסקיים (סעיף 45 לסיכומי התובעות).

דא עקא, שהתובעות לא הגישו חוות דעת כלכלית של מומחה לדיני הגבלים עסקיים, זאת כאשר להוכחת מחיר גבוה בלתי הוגן נדרשת חוות דעת כלכלית (רע"א 2616/03 ישראלכארט בע"מ נ' רייס, מיום 14.3.2005, פסקה 26; רע"א 4778/12 תנובה מרכז שיתופי לשיווק תוצרת חקלאית בישראל בע"מ נ' נאור, מיום 19.7.2012, פסקה 8).

שאלת ההוגנות והסבירות של התמלוגים הנגבים מבתי המלון היא שאלה כלכלית מורכבת ונדמה, שללא חוות דעת כלכלית מתאימה לא ניתן לבססה ולהוכיחה כדבעי.

### התמלוגים בתעריף הפדרציה למלונות משנת 2011 ואילך

באשר לתמלוגים החל משנת 2011 ואילך סבורני, שיש להותיר את התמלוגים המוסכמים לשנת 2010 על כנם גם בתקופה זו.

לא ניתן לחייב את הפדרציה לקבל את התעריף המומלץ על ידי התובעות (סעיפים 78 – 85 לכתב התביעה) ולא ניתן לחייב את התובעות להסכים לתעריף המוצע על ידי הפדרציה (נספח 19 לתצהיר גב' רונית שרביט).

התמלוגים לשנת 2010 הוסכמו על ידי שני הצדדים והתובעות לא השכילו לשכנע, שתמלוגים אלה היו בלתי הוגנים ולא סבירים. מטבע הדברים, חלוף הזמן הביא להגדלת הרפרטואר והותרת התמלוגים על כנם תהא הוגנת כלפי התובעות. כאמור, בהיעדר חוות דעת כלכלית כנדרש עומדות התובעות בפני קושי להוכחת היעדר הסבירות וההגינות, הנטען על ידן. מנגד, הפדרציה הסכימה, שישולמו לה התעריפים שהיו נהוגים עד לשנת 2011, עד להכרעה בתובענה ולאחר מכן הסכימה, שתעריפים אלה יישארו בתוקף עד ליום 31.12.2028. אמנם, ההסכמה האחרונה הייתה במסגרת ניסיון פשרה, שלא צלח בשל אי אישור מוסדות ההתאחדות, אך יש בה משום אינדיקציה לכך, שתעריף זה סביר והוגן גם מבחינת הפדרציה.

כך או אחרת, בעת הזו, לנוכח חלוף הזמן ולנוכח מגיפת הקורונה שגרמה לסגירת בתי מלון למשך זמן ארוך, לא יהיה זה נכון לקבוע תעריפים גבוהים יותר לתשלום על ידי המלונות. בהקשר זה תצוין הגינותה הרבה של הפדרציה אשר הודיעה ביום 23.4.2020, שאינה גובה תמלוגים מעסקים בסקטור הפרטי ומבתי מלון, שנסגרו בהוראת המדינה עקב משבר הקורונה.





## בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 43838-06-12 טינקו בע"מ ואח' נ' הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

מומלץ לשני הצדדים לשנס מותניים ולנהל משא ומתן נמרץ לשם כריתת הסכם חדש, שיקח בחשבון את התקופה המאתגרת שבה אנו מצויים לצד השינויים שחלו מאז 2010 בנושאים הרלבנטיים למחלוקות בין הצדדים, הן העובדתיים והן המשפטיים.

תעריפי 2010 יישארו בתוקפם עד ליום – 31.12.2021 או עד לכריתת הסכם חדש על ידי הצדדים, לפי המוקדם מביניהם.

### סוף דבר

לנוכח כל האמור, התובענה נדחית.

התובעות ישלמו לנתבעת, יחד ולחוד, הוצאות משפט בסך של 58,500 ₪ ושכ"ט עו"ד בסך של 117,000 ₪, תוך 30 ימים מהיום.

ניתן היום, י"ג שבט, תשפ"א, 26 ינואר, 2021, בהעדר הצדדים.

רחמים כהן  
רחמים כהן, שופט

