

בתי המשפט

000455/05 א		בית משפט מחוזי חיפה	
03/09/2007	תאריך:	כבוד סגן הנשיא גדעון גינת	בפני:

הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ

התובעת

- נ ג ד -

1. הוט זהב ושות' (לשעבר: ערוצי זהב ושות')
2. תבל תשדורת בינלאומית לישראל בע"מ
3. הוט – מערכות תקשורת בכבלים בע"מ (לשעבר: מת"ב – מערכות תקשורת בכבלים בע"מ)

הנתבעות

פסק דין

א. רקע

התובעת

1. התובעת הינה תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים של חברות תקליטים ישראליות וזרות ברשומות קול, כגון תקליטורים, המופקות על ידיהן.
2. לפי סעיף 19 לחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: "החוק"), יוצר של רשומת קול הינו בעל זכויות יוצרים בה. זכויות יוצרים ברשומות קול כוללות, לפי סעיף 21(2) לחוק, בין היתר, את הזכות להשמיע בפומבי ולשדר את המוסיקה המוקלטת, הזכות להרשות לאחרים להשמיע בפומבי ולשדר, את הזכות להרשות את הקלטת המוסיקה המוקלטת לצורכי שידור במועד מאוחר יותר ואת הזכות להרשות את שילובה ביחד עם חומר ויזואלי ו/או אודיו ויזואלי אחר (סינכרוניזציה) לצורכי שידור (להלן: "זכות ההשמעה הפומבית והשידור").

-
3. במסגרת ההתקשרות בין התובעת לבין חברות התקליטים, הן מעבירות אליה, באורח לא בלעדי, את זכות ההשמעה הפומבית והשידור בישראל ברשומות הקול המופקות על ידיהן ומסמיכות אותה לגבות תמלוגים בגין מתן רישיונות השמעה ושידור. כן מוסמכת התובעת לנקוט בהליכים משפטיים כלפי מי שמפר זכות זו. עד לשנת 2000 אגד הזכויות שהועברו לתובעת לא כלל את הזכות להתיר סינכרוניזציה, מצב שהשתנה על פי החלטה של בית הדין להגבלים עסקיים, כפי שיובהר בהמשך.
- ניהול זכויות היוצרים של חברות התקליטים על ידי התובעת מתבטא, איפוא, במכירת רישיונות שימוש ברשומות הקול המופקות על ידיהן בהתאם לזכויות שהועברו אליה, בגביית התמלוגים בעבורן, במעקב אחר היקף השימוש בכל יצירה ובחלוקת התמלוגים בהתאם ובאכיפת זכויות היוצרים שלהן.
4. העברת זכות ההשמעה הפומבית והשידור לתובעת על-ידי חברות התקליטים אינה בלעדית מבחינה זו, שבידי כל חברת תקליטים נשמרת הזכות למכור רישיונות שימוש ברפרטואר המוסיקלי שלה, שלא באמצעות התובעת, ללא כל הגבלה. איסור הבלעדיות הוטל במסגרת אישור פעילות התובעת כהסדר כובל על ידי בית הדין להגבלים עסקיים ביום 29.4.00 (ראו להלן, בסעיף 6). בהסכמים של התובעת עם חברות תקליטים זרות, שנכרתו קודם לכן, הועברה אליה זכות ההשמעה הפומבית והשידור בישראל במלואה למשך תקופת ההסכם (סעיף 3 לכל אחד מההסכמים עם חברות התקליטים הזרות, נספח 3 לכתב התביעה).
5. הרישיון המוענק על ידי התובעת הוא רישיון גורף, המכונה גם "רישיון שמיכה". רישיון זה מקנה, כנגד תשלום תמלוגים, זכות שימוש בכלל היצירות המנוהלות על ידי התובעת, קרי: ברפרטואר המוסיקלי של כל חברת תקליטים החברה בתובעת. זאת, לרבות על דרך ביצוע סינכרוניזציה החל משנת 2000 וללא הגבלה לגבי מספר הפעמים בהן יעשה שימוש בכל יצירה.
6. השיתוף בניהול זכויות היוצרים של חברות התקליטים במסגרת פעילות התובעת מהווה הסדר כובל לפי סעיף 2 לחוק ההגבלים העסקיים, תשמ"ח-1988. פעילותה חייבה, איפוא, על פי סעיף 4 לחוק האמור, קבלת אישור מבית הדין להגבלים
-

עסקיים. הבקשה לאישור הוגשה לבית הדין להגבלים עסקיים בתיק ה"ע (ירושלים) 3574/00. ביום 18.7.00 נתן בית הדין היתר זמני לפעילות התובעת, שהוארך ביום 14.1.01 עד לקבלת החלטה סופית בבקשה. ביום 29.4.04 אישר בית הדין להגבלים עסקיים את ההסדר הכובל הכרוך בפעילותה של התובעת בכפוף למספר תנאים, ובהם איסור הבלעדיות, שאוזכר לעיל בסעיף 4 (ה"ע (ירושלים) 3574/00 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ואח' נ' הממונה על ההגבלים העסקיים ואח'**, תק-מח 2004(2), 1724). בהמשך הדברים אתייחס לתנאים נוספים.

הנתבעות

7. הנתבעות הינן תאגידים המשדרים שידורי טלוויזיה בכבלים למנויים על פי רישיון ממדינת ישראל, בהתאם לחוק התקשורת (בזק ושידורים) התשמ"ב-1982. כל אחת מהנתבעות משדרת לאזורים אחרים בארץ. פרישתן המשותפת היא ארצית. בשנת 2001 החלו הנתבעות בהליך של מיזוג ביניהן. במועד הגשת התביעה טרם הושלם המיזוג, אך החל מיוני 2004 הנתבעות פועלות בעניינים תפעוליים במאוחד תחת שם המותג "HOT" (עו"ד אורי גור אריה, היועץ המשפטי של הנתבעות, ח"נ, 64 ו-65). במעמד הרליבנטי להליך הנוכחי היה להן מנכ"ל אחד, רם בלינקוב (אשר תצהיר עדות ראשית שלו מיום 16.5.06 הוגש מטעם הנתבעות; להלן: **"תצהיר בלינקוב"**).

8. הנתבעות פעילות בתחום הטלוויזיה הרב ערוצית החל מאמצע שנת 1991. במשך כ-9 שנים היתה לכל אחת מהן בלעדיות באזורי פעילותה. במחצית השניה של שנת 2000 החלה חברת די. בי. אס. שירותי לוויין (1998) בע"מ (הידועה בשמה המסחרי "YES") לשדר שידורי טלוויזיה רב ערוצית ובפרישה ארצית.

9. הערוצים, המשודרים על ידי הנתבעות, הם רק בחלקם ערוצים עצמיים שלהן. במסגרת הערוצים העצמיים משדרות הנתבעות תוכניות, שהופקו על ידיהן או על ידי גופים קשורים, תוכניות של מפיקים חיצוניים, שנרכשו על ידיהן, וערוצים שהופקו על ידי אחרים ונמסרו להן לצורך שידורם. שידורם של הערוצים העצמיים הוא בגדר שידור ראשוני, כלומר "שידור ראשון של טלוויזיה בישראל" (סעיף 6א לחוק התקשורת (בזק ושידורים), התשמ"ב-1982, אשר נקרא עד לשינוי שמו ביום 24.7.01, במסגרת תיקון מספר 25 לחוק, "חוק הבזק, התשמ"ב-1982"; להלן:

"חוק התקשורת" וכן סעיף 1(א) לכללי התקשורת (בזק ושידורים) (בעל רישיון

לשידורים), התשמ"ח-1987; להלן: **"כללי התקשורת"**).

הערוצים, שאינם ערוצים עצמיים, כוללים ערוצי טלוויזיה ורדיו, המשודרים לפי חוק לציבור בישראל, וככאלה חברות הכבלים חייבות להעביר אל מנוייהן (סעיף 6 כא לחוק התקשורת) וערוצים, שמקורם מחוץ לישראל. שידורם של ערוצים אלה הוא בגדר שידור משנה, היינו העברה של ערוצים המשודרים על ידי אחרים באמצעות רשת הכבלים של הנתבעות. רובם נקלטים על ידיהן באמצעות לוויינים עם שידורם על ידי אחרים ומועברים בו זמנית למנויים (כללי התקשורת, סעיפים 1(א), 40, 46).

מבחינת תוכנם, נחלקים הערוצים, המשודרים על ידי הנתבעות, למספר רב של קטגוריות. כך, למשל, ישנם ערוצי סרטים, ערוצי חדשות, ערוצי ספורט וכן ערוצי שמע. ערוצי שמע אלה הם ערוצים, שכל תוכנם הוא מוסיקה מוקלטת בלבד. הם מופקים על ידי טלמוסיקה בע"מ. בין הצדדים נתגלעה מחלוקת בשאלה, אם שידורם של ערוצי השמע הוא בגדר שידור ראשוני או שידור משנה. זאת, על רקע מחלוקת אחרת ביניהם, הנוגעת לשידורים של מוסיקה מוקלטת מתוך הרפרטואר של התובעת, המזכים אותה בתשלום תגמולים.

10. הנתבעות משתמשות ברשומות קול על דרך הכללתן בהפקות מקור שלהן, הקלטתן לצורכי שידור, ביצוע סינכרוניזציה לצורכי שידור ושידורן בשידור ראשוני ובשידור משנה. בכלל זאת משדרות הנתבעות וידאו קליפים.

11. עד לשנת 2001 שידרו הנתבעות בשיטת השידור האנלוגית בלבד. לאחר מכן הן החלו לשדר גם בשיטה הדיגיטלית. השיטה השניה מאפשרת שידור מספר גדול יותר באופן משמעותי של ערוצים בהשוואה לשיטה הראשונה. לגרסת התובעת, הנתבעות משדרות כיום כ-150 ערוצים בשיטה הדיגיטלית, ובכללם כ-40 ערוצי שמע, לעומת כ-40 ערוצים בשיטה האנלוגית. לפי עדותו של עו"ד אורי גור אריה, היועץ המשפטי של הנתבעות, חבילת הבסיס בשיטת השידור הדיגיטלית כוללת כ-65 ערוצים ובנוסף להם קיימים כ-50 ערוצים, המשודרים למינויים על פי בחירתם בתוספת תשלום (ח"נ 77).

תולדות היחסים בין התובעת לנתבעות

12. רשומות הקול בהן עושות הנתבעות שימוש שייכות בחלקן לחברות התקליטים, החברות בתובעת. לפיכך, והואיל וזכות ההשמעה הפומבית והשידור הועברה על ידי חברות אלה, באורח לא בלעדי, לתובעת, הרי שבנסיבות בהן השימוש ברשומות הקול שלהן על דרך שידור במובנו הרחב (קרי, לרבות הקלטה לצורכי שידור במועד מאוחר

יותר וביצוע סינכרוניזציה לצורכי שידור) מחייב את אישורן, על הנתבעות להסדיר זאת, בין עם חברות התקליטים ישירות ובין עם התובעת. ולא, יפרו זכויות יוצרים.

13. ביום 25.10.93 התקשרו הנתבעות בהסכם עם התובעת ולפיו ניתן להן רישיון שימוש ברפרטואר שלה עד לסוף שנת 1996, תוך החלתו רטרואקטיבית החל ממועד תחילת הפעילות של הנתבעות במהלך שנת 1991 (להלן: "ההסכם"). לפי סעיף 4 להסכם, "הרשיון על פי הסכם זה יחול על כל פעולות בעלי הזכויות, לרבות פעולות שידור, העברה, שימוש בקלטות בארועים שבהם יוקרנו ויושמעו קלטות וכדומה, אך למעט סינכרוניזציה (דהיינו שימוש בתקליטים כרקע מוזיקלי ליצירות או שילוב של קול ותמונה) אלא אם כן הושגה הסכמה לגביה עם בעל הזכויות הנוגע בדבר" (נספח א' לכתב ההגנה). סכום התגמולים שנקבע בגין כלל התקופה, שאורכה כ-5.5 שנים היה \$550,000 (דולר ארה"ב), קרי: כ-\$100,000 לשנה בממוצע. סכומים אלה כמו גם הסכומים שיוצגו להלן הם לפני מע"מ.

14. ביום 6.8.97 האריכו הצדדים את תוקף ההסכם עד לתום שנת 2002. לפי מכתב של הנתבעות לתובעת המאשר את הדברים, ההסכם חל על שידוריהן העצמאיים (נספח ב' לכתב ההגנה). התגמולים השנתיים שנקבעו בגין התקופה הנוספת היו גבוהים יותר בהשוואה לתגמולים השנתיים, שנקבעו בגין התקופה הראשונה ועלו בהדרגה בכל שנה. להלן הסכומים שנקבעו בגין כל שנה:

שנת 1997 -	\$175,000
שנת 1998 -	\$180,000
שנת 1999 -	\$185,000
שנת 2000 -	\$190,000
שנת 2001 -	\$195,000
שנת 2002 -	\$200,000

15. ההסכם אינו מציג נוסחה לחישוב גובה התמלוגים, וגם לא שיקולים שהובאו בחשבון בקביעתם. אין מחלוקת, כי הסכומים בגין התקופה הראשונה נקבעו בהתחשב בכך, שמדובר היה בתחילתן דרכן של הנתבעות. קיימת מחלוקת לגבי הרקע לקביעת הסכומים לאחר מכן. לטענת התובעת, מתוך טעות שלה, הארכת ההסכם נעשתה ללא התייחסות מצידה לשינויים הרבים שחלו עד לאותו מועד, ללא צפיית פני עתיד וללא בדיקת הנתונים הריליבנטיים לאותו מועד, לרבות מספר מינויים ומספרי ערוצים,

שריליבנטים, בין היתר, גם לעניין כמות השימוש והיקפו במוסיקה המוקלטת שלתובעת זכויות בה.

לטענת הנתבעות, עם הארכת ההסכם נקבע הסדר קבוע ויציב, לאחר שהתובעת עמדה על היקפי השימוש במוסיקה המוקלטת, שבו סכום התמלוגים השנתי עמד על סכום מסויים שהוצמד לשער הדולר ובתוספת מדורגת של \$5,000 לכל שנה.

לקראת תום שנת 2002 החלו הצדדים בניהול משא ומתן לצורך הארכת ההסכם ביניהם לתקופה נוספת. במסגרת זו הוסכם, כי התובעת תעניק לנתבעות הרשאה זמנית לשימוש בזכויותיה למשך תקופת ניהול המשא ומתן ביניהן (אותה יש להגדיר), וזאת בכפוף לכך שהנתבעות תשלמנה לתובעת סך של 75% מסכום התגמולים ששילמו בשנת 2002 כמקדמה על חשבון תמלוגים בעבור שנת 2003 (נספח ג', סעיפים 7 ו-8 ונספח ד' לכתב ההגנה). כמו כן, הובהר, כי "לעובדה שכיום הפדרציה רשאית להתיר סינכרוניזציה יש השלכה על סכום התמלוגים שיוסכם" (נספח ג', סעיף 6).

הגם שהוסכם שיעשה כן, תקופת ניהול המשא ומתן לא הוגדרה מראש. משחלפה למעלה משנה מבלי שהמשא ומתן נשא פרי, הודיעה התובעת לנתבעות ביום 15.3.04 אודות סיום ההרשאה הזמנית (נספח 13 לתצהיר עדות ראשית מיום 16.3.06 של יצחק כפיר, סמנכ"ל שיווק בתובעת, סעיף 7; להלן: "תצהיר כפיר"). בהתאם לכך, היא סירבה לקבל מקדמה על חשבון תמלוגים בעבור שנת 2004 וכן בעבור שנת 2005 בשלב מאוחר יותר. לטענת הנתבעות, משלא הוגדר מראש מועד לסיום תקופת ניהול המשא ומתן, יש לפרש את ההסכם בדבר ההרשאה הזמנית כעומד בתוקפו כל עוד המשא ומתן ממשיך להתנהל.

16. במועד ההודעה בדבר סיום הרשאה הזמנית (15.3.04), התובעת ביקשה, כי הנתבעות תשלמנה בעבור כל אחת מהשנים 2003 ו-2004 תגמולים בסך השווה ל-\$1 כפול מספר המנויים (ללא אבחנה בין מנויים בשיטה האנלוגית לבין מנויים בשיטה הדיגיטלית, וגם ללא התייחסות למספר הערוצים הכלולים בחבילת השידור של כל מנוי או לסוגם, נספח 13 לתצהיר כפיר), סה"כ כ-\$1,000,000 לשנה (לפי מכתב התשובה של הנתבעות מיום 21.3.04, נספח ז' לתצהיר בלינקוב). הנתבעות מצידן הסכימו לשלם לכל היותר \$300,000 לשנה (נספח 13 לתצהיר כפיר, נספח ז' לתצהיר בלינקוב).

מתוך ניסיון נוסף להגיע לידי הסכמה, פנו הצדדים להליך של גישור, אשר הסתיים ביום 2.11.04 ללא הצלחה.

17. לקראת סוף דצמבר 2004, ביום 27.12.04, שגרה התובעת לנתבעות דרישת תשלום על סך כולל של 23,914,000 ₪ בעבור השנים 2003 – 2005 (\$5,511,408 לפי שער הדולר היציג ביום 27.12.04 – 4.339 ₪, \$1,837,136 לשנה בממוצע). הנתבעות סירבו להיעתר לדרישה זו, בטוען שהיא מוגזמת באופן קיצוני (נספחים 17 - 19 לתצהיר כפיר). בכך הסתיימו הניסיונות של הצדדים להאריך את תוקף ההסכם ביניהם מעבר לשנת 2002. הנתבעות המשיכו, עם זאת, להשתמש ברשומות קול הנכללות ברפרטואר של התובעת לצורכי שידור (במובנו הרחב).

ב. התביעה ותמצית טענות הצדדים

18. בהתאם לתנאים, שבכפוף להם אישר בית הדין להגבלים עסקיים את פעילות התובעת, הרי משלא הושגה הסכמה בדבר שיעור דמי הרישיון, התביעה הינה למתן צו מניעה קבוע, שיאסור על הנתבעות להמשיך להקליט ולשדר מוסיקה מוקלטת שלתובעת זכויות בה. בד בבד כולל כתב התביעה הודעה של התובעת, לפיה היא תהא מוכנה לוותר על התביעה לצו מניעה קבוע אם תשלמנה הנתבעות דמי רישיון בשיעור הנדרש על ידיה, או בשיעור אחר שייקבע על ידי בית המשפט. על פי התנאים הנ"ל נטל השכנוע ונטל הבאת הראיות בדבר השיעור הראוי רובץ על התובעת.

19. הנתבעות מעוניינות להמשיך להקליט ולשדר מוסיקה מוקלטת שלתובעת זכויות בה. המחלוקת הטעונה הכרעה הינה בשאלת גובה התגמולים, שעל הנתבעות לשלם לתובעת בעבור השימוש במוסיקה המוקלטת והרישיון להמשיך לעשות כן.

20. לטענת התובעת, סכום התגמולים הראוי עולה בעשרות ומאות מונים על הסכום הגבוה ביותר שהוסכם עליו בשנת 1997, שכן השינויים, שחלו במצב העובדתי במהלך השנים שלאחר מכן, הגדילו באופן ניכר את השימוש של הנתבעות בזכויות התובעת. שינויים אלה הם הגידול במספר הערוצים המשודרים על ידי הנתבעות החל משנת 2001 עקב המעבר לשיטת השידור הדיגיטלית והכללת היתר לביצוע סינכרוניזציה ברישיון המוענק על ידי התובעת. המעבר לשיטת שידור דיגיטלית השפיע גם על סוג הערוצים הניתנים לשידור ולא רק על מספרם, וכך החלו הנתבעות לשדר ערוצי שמע. לאורך ההליך כולו טענה התובעת, כי ערוצים אלה, מטיבם, כרוכים בשימוש מוגבר בזכויותיה, ושידורם דורש קבלת הרשאה מיוחדת. בשלב הסיכומים הודיעה התובעת, כי "בהעברת שידורי המשנה של ערוצי השמע התגלתה בעיה במהלך התקופה מיום

הגשת התביעה למועד סיכומים אלה, ועצם האפשרות של הפדרציה לתת הרשאה לשידור משנה של ערוצי השמע מוטלת כרגע בספק" (סעיף 128 לסיכומים, שהוגשו ביום 1.1.07).

21. דרישת התובעת, שדחייתה על ידי הנתבעות הובילה להגשת התביעה דנן, היתה לדמי רישיון בסך \$1,837,136 לשנה בממוצע. דרישה זו לקחה בחשבון תוספת של כ-40 ערוצי שמע (נספח 19 לתצהיר כפיר, סעיף 8). בסיכומים הועמדה דרישת התובעת על \$2 - \$3 למנוי, סה"כ בין \$1,860,000 ל-\$2,790,000 לשנה, וזאת מבלי להביא בחשבון את התווספות ערוצי השמע. בנוסף, הציגה התובעת דרישה לתוספת תשלום בגין כל מנוי המחובר לערוצי השמע. נוכח הודעתה, שזכויותיה ביחס לערוצים אלה מוטלות בספק, הרי שהדיון בעניין זה מתייתר.

22. לטענת הנתבעות, השינויים, שחלו במצב העובדתי החל משנת 1997 לא הביאו להגדלת השימוש במוסיקה מוקלטת, החייב בתשלום תמלוגים למפיקיה, מצידן. למעשה, כך הטענה, היקף השימוש פחת. לטענתן, מספר הערוצים אינו משפיע על מספר היצירות הנצפות על ידי כל מנוי, אלא רק על הערוצים בהם הוא צופה בהן. לפיכך, גם אם מספר רשומות הקול המשודרות עולה ביחס ישר למספר הערוצים המשודרים, דבר המוכחש לכשעצמו, אין לראות בכך שימוש נוסף בהן. זאת, בעיקר נוכח העובדה, שבינתיים מספר המנויים של הנתבעות ירד באופן דרמטי עקב כניסתה של YES לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית. כיום מספר בתי האב בישראל המנויים על קהל הלקוחות של הנתבעות ושל חברת הלווין ביחד נותר דומה למספר המנויים של הנתבעות ערב כניסת הלווין לשוק בישראל (תצהיר בלינקוב, עמ' 20). יתר על כן, הנתבעות עדיין משדרות לחלק לא מבוטל מהמנויים שלהן בשיטת השידור האנלוגית (להלן: "המנויים האנלוגיים").

עוד נטען על ידי הנתבעות, כי אפילו חל גידול בשימוש ברשומות הקול, הרי שרק ביחס לחלק קטן מהן קמה חובת תשלום תמלוגים. לטענתן, לא חלה עליהן חובת תשלום תמלוגים בגין ערוצים שאינם ערוצים עצמיים שלהן, וגם לא בגין הפקות של מפיקים חיצוניים. זאת, משום שבמסגרת ההתקשרות שלהן עם המפיקים של אותם ערוצים או הפקות, הנ"ל מצהירים ומתחייבים לכך שהם מחזיקים באשכול הזכויות הנדרשות לשידור הערוץ או ההפקה, לרבות הזכות לשידור היצירות המוסיקליות המשולבות בהם. בשלב הגשת תצהירי העדות הראשית הועלתה טענה נוספת, לפיה שימוש במוסיקה מתקליטים זרים פטור מכל חובת תשלום תמלוגים למפיקיהם. שכן, זכויות יוצרים ברשומות קול זרות אינן מוגנות בישראל. לגרסת הנתבעות, איפוא, חלה עליהן חובת

תשלום תמלוגים למפיקי רשומות קול רק בגין שימוש במוסיקה ישראלית במסגרת הערוצים העצמיים שלהן, שלא בקשר עם הפקות חיצוניות. כלומר, בגין שימוש במוסיקה ישראלית מוקלטת בהפקות עצמיות, לרבות בקדימונים (promos), ושידור וידאו קליפים ישראלים בערוצים העצמיים, ככל ששידורם לא נעשה בעטיים של לחץ ושתדלנות מצד חברות התקליטים. לטענת הנתבעות, פעמים רבות משודרים הוידאו קליפים לבקשת חברות התקליטים, הרואות בכך אמצעי לקידום מכירות.

לעניין אופן חישוב התמלוגים טענו הנתבעות, כי בהסכמי העבר ביניהן לבין התובעת מעולם לא נקבע, כי התשלום ייעשה על בסיס או מתוך זיקה להכנסתן או לפי מספר מנוייהן, אלא נקבע סך קבוע ונקוב מראש ויש להמשיך בדרך זו (סעיפים 94 ו-95 לתצהיר בלינקוב).

בסיכומיהן העלו הנתבעות טענה חדשה, לפיה לתובעת אין כלל זכות תביעה לתשלום תמלוגים, הואיל והיא אינה בעלת זכויות קניין ברשומות הקול המנוהלות על ידיה (הנתבעות אמנם הכחישו בכתב הגנתן את טענתה של התובעת בדבר היותה הבעלים של זכויות היוצרים ברשומות הקול הנ"ל, אך לא רק שנמנעו מלטעון, כי אין באפשרותה בשל כך לתבוע תשלום תמלוגים, אלא הדגישו כי בנסיבות העניין המחלוקת הטעונה הכרעה הינה "בדבר גובה התמלוג לו זכאית תובעת", סעיף 4 לכתב ההגנה).

ג. דיון

זכות התובעת

23. ההסכמים בין התובעת לבין חברות התקליטים, בהם מועברת אליה זכות ההשמעה הפומבית והשידור באורח לא בלעדי, אינם הופכים אותה לבעלים של זכויות היוצרים ביצירות הנמסרות לניהולה, גם לא של חלק מהן. בידי כל חברת תקליטים נשמרת הזכות למכור רישיונות שימוש ברפרטואר המוסיקלי שלה, שלא באמצעות התובעת, ללא כל הגבלה. ההתקשרות ביניהן נושאת אופי של הענקת רישיון. שאלת מעמדו החוקי של בעל רישיון בזכות יוצרים להגיש תביעה עצמאית בעילת הפרת זכות היוצרים, הפוגעת בו, טרם הוכרעה בפסיקה. בע"א TELE EVENT LTD2173/94 נ' **ערוצי זהב ושות'**, פ"ד נה(5), 529, עמ' 557 - 558, עמד השופט אי מצא על הקושי להכיר בקיומה של זכות תביעה עצמאית בידי בעל רישיון ועל הנסיבות שאיפשרו לבתי המשפט בארץ להימנע מהכרעה בעניין:

"גישת בתי המשפט בארץ בסוגיה זו הלמה את עמדת המשפט האנגלי ביחס לפירושו של חוק זכות יוצרים משנת 1911, במתכונתו המקורית. אכן, עד לתיקונו (בשנת 1956) של החוק האנגלי, נמנעו בתי המשפט באנגליה מלהכריע בשאלת

מעמדו החוקי של בעל רשיון בזכות יוצרים להגיש תביעה עצמאית בעילת הפרה נגד
Jonathan Cape v. Consolidated press [1954] 3 ALL : למשל: (ראו, למשל: 253 E.R. On
W.A. Copinger, כדברי E.P. Skone James -ו בספרם On Copyright (London, 14th ed., 1999)
: בעמ' 320:

"It was never resolved what this provision meant and in particular whether it was sufficient to confer on a licensee, particularly an exclusive licensee, a legal interest in the copyright such as would, for example, enable him to sue in his own name..."

לא למותר לציין, כי בעקבות תיקון החוק השתנתה גישת המשפט האנגלי, וככלל,
מעמדו של בעל רשיון בלעדי דומה עתה למעמדו של מי שהועברה לו זכות היוצרים
עצמה (ראו סעיף 101(1) ל- Copyright, Designs and patent Act (CDPA), 1988). בידי בעל רשיון להגיש גם תביעה עצמאית על הפרת זכות יוצרים; ורק אם
התביעה מתייחסת לתחום שבו לבעלי הזכות ולבעל הרשיון הבלעדי זכויות חופפות
("concurrent") חייבת התביעה להיות מוגשת על-ידי הבעלים של זכות היוצרים
ועל-ידי מחזיק הרשיון במשותף, אלא אם אישר בית המשפט לאחד משניהם להגיש
את תביעתו ללא צירוף חברו (ראו סעיף 102(1) לחוק משנת 1988). הרציונל הניצב
בבסיס דרישה זו הוא שללא צירוף הבעלים, עלול הנתבע להיות חשוף, לאחר שהדף
את תביעתו של בעל הרשיון, לתביעה נוספת מצד הבעלים החוקי (ראו: ע"א 464/65
אונגר נ' פריס ישראל סרטים בע"מ, פ"ד כ(3) 6, בעמ' 19 וכן: Skone -ו Copinger
James, בספרם הנ"ל, בעמ' 318). כן ראוי להזכיר, כי הדין בארצות הברית מכיר
בזכותו של בעל רשיון בלעדי לתבוע באורח עצמאי, ובלתי תלוי בעמדת בעל הזכות,
בגין הפרת זכות יוצרים הפוגעת בו (ראו: M.B. Nimmer Cases And Materials
: (On Copyright (St. Paul, 4th ed., 1991), at pp. 12-54).

"בספרות המשפטית שלנו הובעו דעות נוגדות באשר לאפשרות העומדת לבעל רשיון
לתבוע בגין הפרת זכות יוצרים ללא צירופו כצד נוסף לתביעה של בעל זכות היוצרים
(ראו א' א' בלום, זכות יוצרים (תשט"ז), בעמ' 181 וכן ע' נעמת, "מניעת ייבוא
מקביל באמצעות דיני זכות יוצרים", הפרקליט מ' (תשנ"א-תשנ"ג) 125, בעמ' 144,

הנוטים להשיב בחיוב לשאלה. ומנגד ראו: א' ח' זליגסון, יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים (תשכ"ג), בעמ' 55. אחד הנימוקים לגישה הדורשת את צירופו של בעל הזכות, נעוץ בעובדה שבסעיף 5(3) לחוק זכות יוצרים הקובע כי "... מקבל ההעברה זכאי לכל זכות הכלולה בזכות היוצרים", ננקט הביטוי "מקבל ההעברה" (ולא "בעל הרישיון"). בפסיקה הושארה שאלה זו בצריך עיון. אך, כפי שראינו, מעולם לא הוטל ספק בזכותו של בעל רישיון (שנרכש בתמורה) להגיש תביעה בעילת הפרה, אם גם בעליה החוקי של זכות היוצרים צורף כצד לתביעתו. גם במקרה שלפנינו אינני מוצא מקום להכריע בטענתה הראשית של המערערת, כי מכוח הרישיון שרכשה להפצה בלעדית של השידורים קמה לה זכות להגשת תביעה עצמאית נגד המשיבות. בדומה לע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, הרי שגם בפרשתנו די לי בקבלת טענתה החלופית של המערערת כדי להכיר בזכותה לקבלת סעד נגד המשיבות. באותה פרשה, כזכור, הודיעה בעלת זכות היוצרים לבית המשפט, כי היא מסמיכה את התובע לתבוע בגין הפרת זכויותיה. אף במקרה שלפנינו צורף מועדון וימבלדון - הבעלים של זכות היוצרים - כמשיב פורמלי לתביעה. אמנם לא נמסרה מטעמו לבית-המשפט הודעה מפורשת בעניין הסמכת המערערת לתבוע בשמו, אולם כחלק מהמרצת-הפתיחה שהגישה המערערת לבית-המשפט המחוזי צורף המכתב שנשלח ביום 15.6.1992 על-ידי מועדון וימבלדון לבא-כוחן של המשיבות, ובו הודיע כי הוא הבעלים היחיד של זכויות היוצרים במשחקי הטורניר, כי העניק ברישיון מטעמו את זכויות השידור למערערת, ולפיכך דרש מן המשיבות להימנע מהפרת זכויותיו. נראה לי כי מסירת הצהרה זו מטעמו מעידה על עניינו של מועדון וימבלדון בתובענה, ואילו בצירופו כמשיב פורמלי לתביעה יש כדי לחסן את המשיבות מפני הגשת תביעה נוספת נגדן מטעמו. נמצא כי די באמור כדי להוביל לקבלת ערעורה של המערערת על יסוד טענתה החלופית, ואין מתעורר צורך להכריע בשאלה אם המערערת הייתה רשאית להגיש את תביעתה גם בלי לצרף את מועדון וימבלדון כצד נוסף להליך".

גם במקרה שלפניי אינני נדרש להכריע בשאלת זכותו של בעל רישיון בזכות יוצרים להגיש תביעה עצמאית בעילת הפרת זכות היוצרים, על מנת להכיר בזכותה של התובעת לקבלת סעד נגד הנתבעות. בהסכמים בין התובעת לבין חברות התקליטים בהם זכות ההשמעה בפומבי והשידור מועברת באורח לא בלעדי, מסמיכות חברות התקליטים את התובעת לתבוע בגין הפרת זכויותיהן תוך התחייבות, שמטרתה למנוע כפל תביעה, שלא לנקוט בהליכים משפטיים מקבילים מטעמן נגד הנתבע או הנתבעים בגין אותה הפרה (סעיף 8 לכל אחד מההסכמים בין התובעת לבין חברות התקליטים הישראליות, נספח 3 לכתב

התביעה, נספח 3 לתצהירו של כפיר). התחייבות זו מלמדת על הסמכת התובעת לתבוע בשם חברות התקליטים ומגנה על הנתבעות מפני תביעה כפולה. מכתב ההגנה עולה, כי הנתבעות מכירות בסמכותה של התובעת לתבוע בגין הפרת הזכויות של חברות התקליטים המיוצגות על ידיה, משתחמו בו את גדר המחלוקת ביניהן לשאלת גובה התמלוגים להם זכאית התובעת.

שידורי יצירות מוגנות הדורשים הרשאה מבעלי זכויות היוצרים

24. בקובעו בסעיף 21(2), כי זכות יוצרים כוללת את הזכות "להעלות על הבמה", תרגום קולקל של הביטוי "to perform ... the work, or any substantial part thereof in public" במקור האנגלי של החוק, אין החוק מבחין בין שידור ראשוני לבין שידור משני. ב-דנ"א 6407/01 **ערוצי זהב ושות' נ' TELEEVENT LTD**, פ"ד נח(6), 6 נקבע ברוב דעות (של המשנה לנשיא א' מצא והשופטים י' טירקל, א' ריבלין ומ' נאור כנגד דעתם החולקת של המישנה לנשיא (בדימ') ת' אור והשופטים מ' חשין ווד' ביניש), כי בהעדר אבחנה כאמור, הרי שעל פי החוק שידורה של יצירה מוגנות חייב בהרשאה מבעלי זכויות היוצרים בה, בין אם מדובר בשידור ראשוני ובין אם מדובר בשידור משני.

הוראות סעיף 6כה(5) לחוק התקשורת וסעיף 2(5) לכללי התקשורת אוסרות לשדר שידורי כבלים שיש בהם משום הפרת זכות יוצרים. סעיף 6כא(ב) לחוק התקשורת מעניק לבעל רישיון כללי לשידורי כבלים פטור מחובת תשלום לבעלי זכויות ביצירות מוגנות, המשודרות בשידור משנה במסגרת הערוצים, שחוק התקשורת מחייב את שידורם. כל שידור אחר של יצירה מוגנת, בין ראשוני ובין משני, בין אם היא נכללת בהפקה עצמית ובין אם בהפקה של מפיק חיצוני, חייב, אפוא, בקבלת הרשאה מבעלי זכויות היוצרים בה.

25. אף אחד מהחוקים הנ"ל אינו מחייב, שבכל הנוגע לשידורי משנה והפקות של מפיקים חיצוניים תסדרנה חברות הכבלים את קבלת ההרשות, הנדרשות לשידור היצירות המוגנות הנכללות בהם, אל מול בעלי זכויות היוצרים ישירות. אין כל מניעה, כי במסגרת ההתקשורת שלהן עם המפיקים של אותם שידורים והפקות, אשר ממילא נדרשים לצורך השימוש ביצירות המוגנות להתקשר בהסכם עם בעלי זכויות היוצרים, יוטל עליהם להשיג היתר לשידורן על ידי חברות הכבלים. כל עוד לא ניתנה הרשאה, - השידור יפר זכויות יוצרים.

האם חל גידול בשימוש הנתבעות בזכויות המנוהלות על ידי התובעת

26. המוסיקה המוקלטת, הנכללת ברפרטואר של התובעת, מהווה מרכיב מהותי בשידוריהן של הנתבעות. כך עולה מטענתן בסעיף 16 לסיכומיהן בדבר כוחה המונופוליסטי של התובעת. זאת, כדלקמן (ההדגשה הוספה):

”הנתבעות מצויות בשנים האחרונות בתחרות קשה ביותר עם חברת YES (שנכנסה לשוק הטלוויזיה הרב ערוצית בשנת 2000). במסגרת תחרות זו סבלו הנתבעות מאובדן של מאות אלפי מנויים לטובת חברת הלוויין ובהתאם לכך מאובדן הכנסות בשיעורי עתק. התחרות בין גופי השידור העצימה והחריפה את כוח המיקוח הנתון בידי התובעת כמונופול, שכן, אם וכל שחברות הכבלים יסרבו להיכנע לתכתיביה, הרי שהפדרציה עלולה (ואף מאיימת) **לפגוע ביכולתן של חברות הכבלים לשדר תכנים למנוייהן כבשגרה. בכך תפגע יכולתן לעמוד בתחרות עם YES**.”

לפי כתב ההגנה (סעיפים 43 ו-44), עיקר השימוש של הנתבעות במוסיקה מוקלטת נעשה על דרך סינכרוניזציה. כל שימוש אחר במוסיקה מוקלטת בערוציהן, אם וככל שנעשה, הוא בבחינת שימוש זניח וטפל. בטרם נוספה לצרור הזכויות, המועברות לתובעת על ידי כל חברת תקליטים, הזכות להתיר ביצוע סינכרוניזציה, נאלצו הנתבעות להוסיף ולרכוש זכות שימוש במוסיקה מאת ספריות מוסיקה חיצוניות, לצורך הפקת קדימונים ומשדרים שונים.

27. על רקע האמור לעיל, הרי שהגידול במספר הערוצים, המשודרים על ידי הנתבעות, והגידול בזכויות, שהתובעת רשאית להתיר שימוש בהן, הם מסוג השינויים המגדילים את השימוש של הנתבעות בזכויות, המנוהלות על ידי התובעת. הירידה במספר המנויים שלהן הינה מסוג השינויים המקטינים אותן. השאלה הטעונה הכרעה הינה, אפוא, אילו מהשינויים הנ”ל השפיעו במידה רבה יותר בנסיבות העניין.

הגידול במספר הערוצים

28. אני סבור, בניגוד לטענת הנתבעות, כי גידול במספר הערוצים מוביל לגידול במספר הצופים. ככל שמגוון התוכניות, המשודרות על ידי הנתבעות באותה השעה, גדול יותר, סביר להניח כי רבים יותר יעדיפו לצפות בטלוויזיה על פני עיסוק אחר, או יעדיפו לצפות בשידורים של הנתבעות מאשר בשידורי ערוצי החובה. זאת ועוד: גידול במספר הערוצים הופך את מוצר הנתבעות לאטרקטיבי יותר לציבור, וככל שהגידול הוא גם הודות לרישיון מטעם התובעת, הרי שהיא זכאית לתמורה הולמת בהקשר זה. אם משמעות החלת ההסכם האחרון בין התובעת לבין הנתבעות על שידוריהן העצמאיים של הנתבעות (ראו, סעיף 14 לעיל) הינה, שהתובעת ויתרה בעבר על תמלוגים בגין שידורי

משנה, הרי שבחישוב סך הערוצים הנוספים שעל הנתבעות לשלם תמלוגים בגין שידור יצירות מוגנות במסגרתם, יש להביא בחשבון גם ערוצים המשודרים בשידור משנה. יובהר, עם זאת, כי השפעתו של כל ערוץ נוסף על הגידול בשימוש בזכויות המנוהלות על ידי התובעת משתנה מערוץ לערוץ, ועשויה להיות אפסית במקרים מסויימים. מבין הערוצים, שכלולים בחבילת הבסיס, ישנם כאלה, שאיש אינו צופה בהם (נספח י"ב לתצהיר בלינקוב – עותק סקר צפייה לשנת 2003) ומבין כלל הערוצים המשודרים על ידי הנתבעות ישנם כאלה שלא נעשה במסגרתם כל שימוש בזכויות המנוהלות על ידי התובעת. נכון לעכשיו, ערוצי השמע מהווים דוגמא לערוצים אלה, נוכח הודעת התובעת, כי עצם האפשרות שלה לתת הרשאה לשידור משנה של ערוצי השמע מוטלת כרגע בספק. ככל שיתברר, כי התובעת זכאית לגבות תגמולים בגין השימוש במוסיקה מוקלטת בערוצי השמע, הרי בחישוב סך התגמולים יש להביא בחשבון, כי התובעת, שעל פי התנאים לפעילותה שמהווים חלק מאישורה כהסדר כובל, מנועה מלהפלות בין משתמשים דומים בזכויותיה, ויתרה ל-YES על תשלום תגמולים בגין השנים 2003 – 2004 ביחס לערוצי השמע (נספחים כ"ט ו-ל' לתצהיר בלינקוב יחד עם סעיף 58 לתצהיר כפיר).

29. ככל שעל פי הסכמי הנתבעות עם מפיקים חיצוניים, מתחייבים האחרונים להסדיר בעבורן את ההרשאה לשידור הערוצים או התוכניות המופקים על ידיהם וכוללים מוסיקה מוקלטת מוגנת, יופחת סכום התגמולים שעליהן לשלם לתובעת בהתאם. לפי סעיף 50 לתצהיר כפיר, מעיון בהסכמי הנתבעות עם ערוצים שאינם בבעלותן עולה, כי נטל הסדרת ההרשאה לשידור מוטל עליהן ולא על הערוץ.

30. חלק מרשומות הקולות, הנכללות ברפרטואר של התובעת ואשר הנתבעות עושות בהן שימוש, הן רשומות קול זרות. לפיכך, אם אכן, כטענת הנתבעות, רשומות קול זרות אינן מוגנות בישראל, השפעת הערוצים הנוספים על השימוש בזכויות המנוהלות על ידי התובעת תלויה במקור רשומות הקול המשודרת במסגרתן. השאלה אם רשומות קול זרות מוגנות בישראל נדונה רק בפסק הדין של בית הדין להגבלים עסקיים בעניינה של התובעת (ה"ע 3574/00 הנ"ל בסעיף 6). שם, לאחר דיון בסעיפים 6 ו-7 לחוק, שעניינם הגנה על יצירות זרות, ובאמנות בינלאומיות באותו עניין, שישראל חתומה עליהן, נקבע כדלקמן (בסעיפים 233 ו-234):

"לאור האמור, אין לקבל את טענתה הגורפת של הפדרציה הישראלית, לפיה מלוא הרפרטואר של היצירות הזרות אשר מצוי בידה הנו רפרטואר מוגן. מאידך, ברור שלפחות חלק מאותו רפרטואר אכן מוגן. הרפרטואר המוגן מורכב מרשומות קול זרות

שמקורן בארה"ב (על-פי ההסכם הדו-צדדי בין ישראל-ארה"ב וצו זכות יוצרים (ארה"ב); רשומות קול זרות שמקורן במדינות החתומות על הסכם רומא, אך זאת בכפוף למגבלות שהוצבו על הגנה זו, הן מכוח האמנה והן מכוח הסייג שנקבע בצו שהותקן מכוח האמנה; היקף ההגנה על יצירות זרות מכוח אמנת ברן, נתון, כפי שהובהר לעיל, במחלוקת. מכוח סעיף 7 לפקודת זכות יוצרים מוגנות גם יצירות זרות שפורסמו בישראל במקביל או תוך 30 יום ממועד פרסומן לראשונה בארצות אחרות.

"לאור הראיות שהוצגו בפנינו, אין באפשרותנו לקבוע איזה חלק מהרפרטואר שבידי הפדרציה הישראלית הנו רפרטואר מוגן. אין בידנו גם לקבוע, איזה חלק מהרפרטואר שבידי הפדרציה הישראלית שלו נזקקים המשתמשים בפועל לשם השמעה פומבית, הנו רפרטואר מוגן...".

השאלה אם יצירה זו או אחרת מוגנת בישראל הינה, איפוא, שאלה עובדתית. כך גם לפי גרסת הנתבעות, אשר לטענתן התנאים לקיומה של הגנה לפי סעיפים 6 ו-7 לחוק הינם תנאים מצטברים (בניגוד לקביעת בית הדין להגבלים עסקיים, כי סעיפים אלה קובעים שני מסלולי הגנה נפרדים: "מסלול הפרסום הראשון לפי סעיף 7 לפקודה, הופך את היצירות הזרות שפורסמו במקביל בישראל ליצירות ישראליות. המסלול השני, לפי סעיף 6 לפקודה, מגן על יצירות שלא פורסמו לראשונה בישראל, אך זכות להגנה מכוח התחייבותיה הבינלאומיות של ישראל", סעיף 186 לפסק הדין).

הטענה של הנתבעות, כי השימוש ברשומות קול זרות פטור בכל מקרה מתשלום תמלוגים, אינה נכונה, איפוא. לא מן הנמנע, כפי שסבר בית הדין להגבלים עסקיים, כי לפחות חלק מרשומות הקול הזרות הנכללות ברפרטואר של התובעת הן יצירות מוגנות (אפילו לפי טענת הנתבעות, כי התנאים על פי סעיפים 6 ו-7 לחוק הם מצטברים). הואיל ולא נטען על ידי הנתבעות, כי עקב התוספות ערוצים חל שינוי ביחס בין השימוש במוסיקה ישראלית ובמוסיקה זרה מוגנת, לבין השימוש במוסיקה זרה שאינה מוגנת במסגרת שידוריהן, האפשרות, שחלק מרשומות הקול הזרות שבניהול התובעת אינן מוגנות, אינה מעלה או מורידה לעניין השפעת התוספות הערוצים על הגידול בשימוש הנתבעות בזכויות המנוהלות על ידי התובעת.

היחס בין ההשפעות השונות של השינויים השונים

31. במועד עדותו של גור אריה (5.10.06) מספר המנויים של הנתבעות היה לפחות 930,000 (על פי עדותו מספר המנויים המוצהרים הוא 930,000, אולם הוא לא יכול היה לענות בחקירתו, אם קיבוץ או בית מלון נספר כמנוי אחד או כמספר בתי

החברים או החדרים, ח"נ 71, 93-95) מספר המנויים של Yes בשנת 2006 נע בין כ- 440,000 (לפי גרסת התובעת, סעיף 135 לסיכומיה) לבין כ- 500,000 (לפי גרסת הנתבעות, דברי עו"ד בכר בעמ' 31 לפרט'). לפי בלינקוב, כיום, מספר בתי האב המנויים על קהל הלקוחות של הנתבעות ושל Yes יחדיו, דומה למספר המנויים של הנתבעות ערב כניסתה של Yes לשוק. הנתבעות איבדו, איפוא, כשליש מהמנויים שלהם עקב כניסתה של Yes לשוק.

החל משנת 2002 הנתבעות משדרות לרוב המנויים שלהן בשיטת השידור הדיגיטלית (להלן: "המנויים הדיגיטלים"; גור אריה, ח"נ 71). מספר הערוצים, המשודרים בשיטה זו גדול ביותר מפי 2 ממספר הערוצים, המשודרים על ידיהן בשיטה האנלוגית (ראו לעיל, בסעיף 11). אמנם, כאמור לעיל, ישנם ערוצים שלא נעשה במסגרתם כל שימוש בזכויות המנוהלות על ידי התובעת. אך, נוכח תרומת השימוש ברשומות קול לתחרות בין הנתבעות לבין Yes ובהעדר ראיה אחרת מצדן, אני משוכנע, כי הגידול בהיקף השימוש ברשומות הקול המנוהלות על ידי התובעת במסגרת השידור הדיגיטלי בהשוואה להיקף השימוש בהן במסגרת השידור האנלוגי עומד, לכל הפחות, ביחס ישר להפרש (באחוזים) במספר הערוצים המשודרים בכל אחת מהשיטות.

לאור העובדה, שעיקר השימוש של הנתבעות במוסיקה מוקלטת נעשה על דרך סינכרוניזציה, הרי שהוספת הזכות לבצע סינכרוניזציה לאגד הזכויות, שהתובעת רשאית ליתן היתר שימוש בהן, הגדילה את היקף הזכויות, המנוהלות על ידיה, בהן הנתבעות עושות שימוש, ביותר מפי 2.

מסקנת הדברים הינה, כי בנסיבות העניין ההשפעה של השינויים מהסוג, המגדיל את השימוש של הנתבעות בזכויות, המנוהלות על ידי התובעת, היתה גדולה יותר מהשפעת השינויים מהסוג המקטין אותו באופן משמעותי. השימוש של הנתבעות בזכויות האמורות גדל, אפוא, ככלל, ובאופן יחסי במידה רבה יותר במסגרת הערוצים המשודרים בשיטה הדיגיטלית.

שיטות חישוב והתעריפים הנהוגים בארץ ובעולם

32. השיטות לחישוב תמלוגים בגין שימוש בזכויות יוצרים ברשומות קול, הנהוגות בעולם, הן: אחוז מתוך כלל הכנסות המשתמש, מחיר קבוע בגין כל מנוי, או מחיר משתנה בגין כל מנוי בהתאם למספר הכולל של המנויים, או למספר הערוצים שכל מנוי מחובר אליהם, ותעריף לדקת שידור (כפיר, ח"נ 50 – 51, וראו הדוגמאות להלן, החל מסעיף 34). התובעת אינה קובעת תמלוגים על פי שיטה אחידה. למעשה, כלל לא ברור אם הסכמי העבר בינה לבין הנתבעות היו מבוססים על שיטה מסויימת, וגם לא

על פי אילו קריטריונים נקבע גובה התגמולים (למעט עניין ההתחשבות בהיות הנתבעות בתחילת דרכן).

33. דרישת התובעת מיום 15.3.04, כי הנתבעות תשלמנה בעבור כל אחת מהשנים 2003 ו-2004 תגמולים בסך השווה ל-\$1 כפול מספר המנויים (ללא אבחנה בין מנויים אנלוגיים לבין מנויים דיגיטלים, וגם ללא התייחסות למספר הערוצים הכלולים בחבילת השידור של כל מנוי או לסוגם, נספח 13 לתצהיר כפיר), סה"כ כ-\$1,000,000 לשנה, (לפי מכתב התשובה של הנתבעות מיום 21.3.04, נספח ז' לתצהיר בלינקוב), מבוססת על השיטה של מחיר קבוע בגין כל מנוי. כתשעה חודשים לאחר מכן, ביום 27.12.04, הועמדה הדרישה על סך של כ-\$1,837,136 לשנה, לרבות בגין ערוצי השמע, ללא הצגת שיטת החישוב. סכום התביעה, העומד על \$2 - \$3 למנוי, סה"כ בין \$1,860,000 ל-\$2,790,000 לשנה, וזאת מבלי להביא בחשבון את תוספת ערוצי השמע, מבוסס על ממוצע התעריפים במדינות שונות בעולם, לפי דוגמאות שהובאו על ידי התובעת, ותעריפיה ל-Yes ולמשרד הביטחון (בגין שידורי תחנות הרדיו של צה"ל - גלי צה"ל וגלגל"צ).

דוגמאות

34. להלן יוצגו הדוגמאות מחו"ל שהובאו על ידי התובעת, הסכמיה עם גופי שידור אחרים בישראל וההסכם של הנתבעות עם אקו"ם – אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (אגודה לניהול משותף של זכויות יוצרים של אמנים יוצרים ביצירותיהם). יש בהן כדי ללמד על שיטות החישוב הנהוגות בעולם, הקריטריונים לקביעת התעריפים, והתעריפים הנהוגים בארץ. יובהר, כי לדוגמאות מחו"ל יש להתייחס בזירות הואיל וספק אם די בראיות שהובאו על ידי התובעת בהקשר זה, כדי לתמוך בטענתה, שמדובר במדינות שתנאיהן הריליבנטים דומים לתנאים הקיימים בישראל.

35. דנמרק (תצהיר כפיר, סעיף 63, נספח 21):

תעריף הארגון, המקביל לתובעת בדנמרק, לחברות הכבלים מבוסס על תשלום לפי ערוץ למנוי לשנה. ככל שמנוי מחובר למספר רב יותר של ערוצים, התשלום בעבור כל ערוץ נמוך יותר. בנוסף משלמות חברות הכבלים בעבור ההרשאה לשידור וידאו קליפים תשלום מיוחד המבוסס על תעריף לדקת שידור.

36. צ'כיה (תצהיר כפיר, סעיף 64, נספח 22) :
תעריף הארגון, המקביל לתובעת בצ'כיה, לחברות הכבלים מבוסס על מספר פרמטרים, כדלקמן :
א. תשלום תמלוגים חודשי קבוע ;
ב. תשלום תמלוגים חודשי לפי ערוץ שמשדר למעלה מ-4 שעות ביממה, לפי מנוי ;
ג. תשלום תמלוגים בעבור כל דקת שידור למנוי בערוצי השמע.

37. הולנד (תצהיר כפיר, סעיף 65, נספח 23) :
תעריף הארגון, המקביל לתובעת בהולנד, לחברות הכבלים מבוסס על תשלום לפי ערוץ למנוי לרבעון. התמחור הוא רגרסיבי. התשלום בעבור כל אחד מבין שמונת הערוצים הראשונים, שמנוי מחובר אליהם, גבוה יותר מהתשלום בעבור כל אחד מהערוצים החל מהערוץ התשיעי ועד הערוץ השישה עשר, שגבוה יותר מהתשלום בעבור כל אחד מהערוצים החל מהערוץ השבעה עשר ועד הערוץ העשרים וארבעה וכן הלאה.

38. ספרד (תצהיר כפיר, סעיף 66, נספח 24) :
תעריף הארגון, המקביל לתובעת בצ'כיה, לחברות הכבלים מבוסס על מספר פרמטרים, כדלקמן :
א. תשלום בעבור השידור : אחוז מסויים מהכנסות חברת הכבלים לאחר ניכוי 25% בגין הוצאות ;
ב. תשלום בעבור ביצוע סינכרוניזציה : אחוז מסויים מהכנסות חברת הכבלים לאחר ניכוי 25% או 75% בגין הוצאות, תלוי ביחס בין מספר הערוצים העצמיים לבין מספר הערוצים המשודרים בשידור משנה ;
ג. תשלום בעבור ערוצי השמע הנגזר ממספר ערוצים אלה.

39. ההסכם בין התובעת לבין Yes לגבי השנים 2002 – 2004 (תצהיר כפיר, סעיף 57) :
התעריף של התובעת ל-Yes, המשדרת בשיטת השידור הדיגיטלית בלבד, מבוסס על תשלום לפי מספר המנויים. זאת, אף שההסכם חל גם לגבי שידור של מוסיקה ישראלית באמצעות אתר האינטרנט ש-Yes מפעילה. התמחור הוא פרוגרסיבי. כלומר, כל 50,000

או 100,000 מנויים נוספים מעבר ל- 100,000 המנויים הראשונים, המחיר בעבור כל מנוי גבוה יותר. זאת, לפי המדרגות הבאות:

מספר מינויים ממוצע לשנה	תשלום שנתי בעבור כל מנוי נוסף
100,000 – 0	\$0.5
200,000 – 101,000	\$0.8
300,000 – 200,001	\$1.1
350,000 – 300,001	\$1.25
400,000 – 350,001	\$1.5
500,000 – 400,001	\$1.9
600,000 – 500,001	\$2.3
- 600,001	\$2.7

ההסכם נחתם ביום 31.12.01, עת Yes היתה עדיין בשלבי הקמתה. התמחור הפרוגרסיבי מבטא הנחה רגרסיבית עד מעבר לנקודה בה Yes צפויה היתה להגיע לאיזון תפעולי (350,000 מנויים), ולאחר מכן עליה הדרגתית במחיר עד לסכום שנועד לפצות את התובעת על מתן ההנחה בשלבים הראשונים (כפיר, ח"נ 36 – 38). בשלב זה, התמחור ביחס למספר מנויים גבוה מ-500,000 הינו היפותטי בלבד.

ביום 16.1.05 האריכו התובעת ו-Yes את תוקף ההסכם שביניהן, עד לתום שנת 2005, למעט סעיף התמלוגים שבו, שהוסכם שיקבע לאחר חתימת הסכם בין התובעת לבין הנתבעות, שאז תהיה Yes רשאית לבחור בין סכום התמלוגים לתשלום על פי הטבלה דלעיל לבין סכום התמלוגים שייקבע בהסכם שיכרת בין התובעת לנתבעות, בשינויים המתבקשים מההבדלים בין Yes לבין הנתבעות. זאת, תוך תשלום מקדמה על חשבון התמלוגים לתובעת בעבור שנת 2005, בסך ב- ש' השווה ל- \$400,000 (כאשר סכום זה אינו כולל תשלום בגין שידור ו/או שידור משנה של ערוצי שמע), כ- \$0.9 למנוי (תצהיר כפיר, סעיף 58).

40. ההסכמים בין התובעת לבין ערוצים מסחריים, המשדרים פרסומות (ערוץ 2, ערוץ 10 והערוץ הרוסי) לגבי השנים 2002 – 2007 (תצהיר כפיר, סעיף 54, תצהיר בלינקוב, סעיפים 81 – 83):

התעריף נע בין 0.25% ל 0.3% מההכנסות ממכירת פרסומות לאחר ניכוי הוצאות מסויימות.

41. ההסכם בין התובעת לבין רשות השידור (ביחס לערוצי טלוויזיה - ערוץ 1, ערוץ 33 ואפיק בערבית – ולרשתות רדיו - רשת א', רשת ב', רשת ג', קול המוסיקה ומספר רשתות נוספות) (תצהיר בלינקוב, סעיף 84, נספח ל"ט):
ההסכם אינו מגלה, כיצד נקבעו סכומי התגמולים על פיו, שהינם כדלקמן:
בעבור כל אחת מהשנים 1993, 1994 ו-1995 - \$633,000;
בעבור שנת 1996 - \$700,000;
בעבור שנת 1997 - \$765,000;
בעבור שנת 1998 - \$836,000.

42. ההסכמים בין התובעת לבין הטלוויזיה החינוכית (המשודרת בערוץ 23 ובחלק משעות השידור של ערוץ 1 וערוץ 2; תצהיר בלינקוב, סעיף 85, נספחים מ"א – מ"ג):
ההסכמים אינם מגלים, כיצד נקבעו סכומי התגמולים על פיהם, שהינם כדלקמן:
בעבור שנת 1993 ושידורים בערוץ הטלוויזיה החינוכית בלבד (לא כולל הזכות לביצוע סינכרוניזציה) - 120,364.63 ₪, כ-43,960 \$ ביום חתימת ההסכם (16.5.93, \$1 = 2.738 ₪).
בעבור שנת 2001 (לא כולל הזכות לביצוע סינכרוניזציה) - 404,444 ₪, כ-100,000 \$ ביום 1.1.01 (\$1 = 4.041 ₪).
בעבור שנת 2005 - מקדמה בסך 400,000 ₪ (עד שיתבהר מצבה של הטלוויזיה החינוכית), כ-88,000 \$ ביום השגת ההסכמה (26.7.05, \$1 = 4.544 ₪).

43. ההסכם בין התובעת לבין משרד הביטחון לגבי השנים 2002 – 2004 (סיכומי התובעת, סעיף 137, נספח 6):
התעריף הינו 70.125% מסך התגמולים (כולל מע"מ) עליו יוסכם בין משרד הביטחון לבין אקו"ם, כאשר שיטת החישוב לוקחת בחשבון את הנתונים הבאים:
סך כל התגמולים לכל בעלי הזכויות ברפרטואר הישראלי הוא 100%, מתוכם זכויות יוצרי המוסיקה (שמיוצגים על ידי אקו"ם) = 50%, זכויות מפיקי קלטות (המיוצגים בחלקם על ידי התובעת) = 25% וזכויות המבצעים (שמיוצגים על ידי אשכולות ועילם) = 25%.

סך כל התגמולים ברפרטואר זר הוא 100%, מתוכם זכויות היוצרים (שמיוצגים על ידי אקו"ם) = 50%, זכויות מפיקי הקלטות (שמיוצגים על ידי התובעת בלבד) = 50%. על פי חוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, מבצעים זרים אינם זכאים לתגמולים בישראל.

בהנחה מוסכמת, כי 50% מהרפרטואר שמשודר בישראל הוא ישראלי, זכאים מפיקי ההקלטות לתמלוגים כדלקמן 12.5% (מרפרטואר ישראלי) + 25% (מרפרטואר זר) = 37.5%. אקו"ם זכאית ל- 25% (מרפרטואר ישראלי) + 25% (מרפרטואר זר) = 50%. לפי תחשיב זה שיעור התגמולים שישולם למפיקי תקליטים מהווה 75% מהתגמולים שתקבל אקו"ם. בשל העובדה שזכויות המפיקים ב- 93.5% מהרפרטואר הישראלי המשודר מנוהלות על ידי התובעת, הוסכם, כי חלקה של התובעת יהיה 70.125% מהתגמולים שתקבל אקו"ם (75 X 93.5%).

44. ההסכמים בין התובעת לבין תחנות הרדיו האזוריות:

סכומי התמלוגים נקבעו במסגרת הליך פישור בין התובעת לבין חלק מתחנות הרדיו האזוריות בפני המפשר השופט בדימוס שאול אלוני, תוך אבחנה בין התחנות השונות, כנראה על פי היקף המאזינים שלהן. להלן, מספר דוגמאות:

* רדיו צפון – 33,000 ₪ לשנה על פי הסכם ל-4 שנים החל מיום 9.9.97 (תצהיר בלינקוב, נספח י"ז).

* רדיו ללא הפסקה - 66,600 ₪ לשנת התפעול הראשונה ו-74,000 ₪ לשנה במשך 3 שנים נוספות על פי הסכם ל-4 שנים החל מיום 18.10.95 (תצהיר בלינקוב, נספח י"ח).

* רדיו חיפה – 54,000 ₪ לשנת התפעול הראשונה, החל מיום 1.9.95, 60,000 ₪ לשנה במשך 6 השנים שלאחר מכן, 80,000 ₪ בעבור שנת 2003, 95,000 ₪ בעבור שנת 2004, 105,000 ₪ בעבור שנת 2005 ו-115,000 ₪ בעבור שנת 2006 (תצהיר בלינקוב, נספחים י"ט ו-כ').

* גלי הדרום - 33,000 ₪ לשנה במשך 4 השנים הראשונות ולאחר מכן יחושבו התמלוגים לפי מספר דקות שידור, כאשר המחיר לדקת שידור יקבע על ידי בית הדין להגבלים עסקיים, כך על פי הסכם פשרה מיום 14.11.00 (תצהיר בלינקוב, נספח כ"א).

* קול הים האדום - 7,600 ₪ לשנת התפעול הראשונה ו-9,500 ₪ לשנה במשך 3 שנים נוספות על פי הסכם ל-4 שנים החל מיום 1.9.95 (תצהיר בלינקוב, נספח כ"ב).

* רדיוס: 54,000 ₪ לשנת התפעול הראשונה, החל מיום 1.9.95, 60,000 ₪ לשנה במשך 6 השנים שלאחר מכן, 80,000 ₪ בעבור שנת 2003, 95,000 ₪ בעבור שנת 2004, 105,000

בעבור שנת 2005, 115,000 ₪ בעבור שנת 2006 ו-120,000 ₪ בעבור שנת 2007 (תצהיר בלינקוב, נספחים כ"ו ו-כ"ז).

45. ההסכם בין הנתבעות לבין אקו"ם לגבי השנים 1997 – 2002 (תצהיר כפיר, סעיף 69, נספח 25):

ההסכם אינו מפרט את אופן קביעת סכומי התמלוגים, הגבוהים פי שמונה לערך מהתגמולים שנקבעו בהסכם בין הנתבעות לבין התובעת ביחס לאותן השנים, כמפורט בטבלה הבאה:

שנה	תשלום לאקו"ם (לפני הוספת הפרשי הצמדה)	תשלום לתובעת (לפי שער הדולר ביום חתימת ההסכם – \$1,6.8.97 = 3.541 ₪)
1997	₪ 5,000,000	\$175,000 = 619,675 ₪
1998	₪ 5,200,000	\$180,000 = 637,380 ₪
1999	₪ 5,400,000	\$185,000 = 655,085 ₪
2000	₪ 5,600,000	\$190,000 = 672,790 ₪
2001	₪ 5,800,000	\$195,000 = 690,485 ₪
2002	₪ 6,000,000	\$200,000 = 708,200 ₪

השיקולים הריליבנטים לקביעת התעריפים במקרה דנן

46. התובעת, כפי שכבר ציינתי, אינה קובעת תמלוגים על פי שיטה אחידה וספק אם יש לה בקשר לשיטות השונות קריטריונים מנחים ברורים לקביעת גובה התעריפים. ניתן להיווכח, עם זאת, כי התעריפים בגין שידור בטלוויזיה גבוהים יותר משמעותית מהתמלוגים בגין שידור ברדיו, וכי יש חשיבות לרווחיות הגוף המשדר. כמו כן חלה עליה מתמדת במחירים לאורך השנים.

47. המאפיינים של כל אחד מגופי השידור, שההסכם בינו לבין התובעת בקשר לשימוש בזכויותיה הוצג לעיל, שונים ממאפייני השידור של הנתבעות. לפיכך, הסכומים הקבועים בהסכמים אלה, אינם מתאימים ליישום בעניין הנדון. Yes שונה מהנתבעות בכך, שאין לה כלל מנויים אנלוגיים, וניתנה לה הרשאה גם לגבי שידור באמצעות האינטרנט. קיים גם קושי להסיק מסקנות מהסכם שהינו היפותטי בחלקו. בהעדר ראיות אחרות ונוכח העובדה שנטל הבאת הראיות לגבי התעריף הראוי רובץ על

התובעת, לא ניתן להתעלם מהחלטת הממונה על ההגבלים העסקיים מיום 14.3.05 בדבר אישור מיזוג בתנאים בין "בזק" לבין Yes עקב רצונה של הראשונה להגדיל את אחזקותיה בשניה אל מעבר ל-50%, לפיה:

"החשש המרכזי שמציבה עסקת המיזוג שלפני, לאור ניתוח זירת התחרות לעיל, הוא חשש יוניטרלי בבסיסו, להגברת וביצור המונופולין של בזק בשוק הטלפוניה הנייחת: רכישת השליטה המכרעת על ידי בזק בחברת הלווין, על הכרוך ברכישה זו לעת הזו – מחזקת את יכולתה של בזק לפגוע בתחרות בענף הטלפוניה הנייחת מצד חברות הכבלים על ידי התשתן של חברות הכבלים, באמצעות הזרמת כספים בהיקפי עתק להגברת התחרות ב"שוק הבית" של חברות הכבלים – שוק הטלוויזיה הרב ערוצית למנויים – ממנו הן שואבות את משאביהן לתחרות המתהווה בשוק הטלפוניה הנייחת – תוך הצבת משוואה של מאזן הרתעה להתפתחות התחרות בטלפוניה. כל זאת, בשלב הקריטי של פתיחת ענף מונופוליסטי, בו שולטת בזק למעלה משנות דור – לתחרות לראשונה...

"למסמכים פנימיים של הגורמים המתמזגים יש לייחס מידה רבה יותר של אותנטיות, מזו המיוחסת למסמכים שהוכנו על ידי הצדדים לקראת הבקשה לאישור המיזוג על ידי הרשויות. עיון במסמכים אלה מעלה, כי בין כלל התמריצים המניעים את בזק להשקיע בחברת הלווין, קיים מקום של כבוד לכוונה להשתמש בהשקעות בחברת הלווין כדי לפגוע בחברות הכבלים, במטרה ברורה למנוע מהן תחרות בבזק בתחום הטלפוניה, ולמצער – להפחית תחרות זו במידה ניכרת..."

(<http://www.antitrust.gov.il/antitrust/he-il/>, פריט מספר 6986 במאגר המידע, סעיפים ד.1. ו-ה להחלטה).

48. אם השיטה הראויה לקביעת סכום התמלוגים, שתשלמנה הנתבעות, הינה אחוז מסויים מההכנסות, אזי יש לקבוע מהו אותו אחוז ואילו הוצאות יש לנכות מסך ההכנסות לצורך העניין. בהקשר זה יש להביא בחשבון, כי עד ליוני 2004 כל אחת מהנתבעות ניהלה את עסקיה בנפרד, דבר שקרוב לוודאי הגדיל את סך הוצאותיהן. אם השיטה הראויה הינה תשלום בעבור כל מנוי, אזי יש לקבוע את גובהו של אותו תשלום.

49. בקביעת התעריפים יש חשיבות לכל אחד מהמאפיינים הבאים של שידורי הנתבעות:

הנתבעות עדיין משדרות לחלק לא מבוטל מהמנויים שלהן בשיטה האנלוגית. התובעת מכירה בכך, כי ביחס למנויים האנלוגיים זכאיות הנתבעות להנחה מפליגה (עמ' 32 לפרט' מתאריך 5.10.06).

חלק גדול מהערוצים, הכלולים בחבילות הבסיס של המנויים, כלל אינם נצפים על ידיהם. לא כל מנוי מחובר לערוצים, שהחיבור אליהם כרוך בתוספת תשלום, ובוודאי שלא לכל הערוצים הללו. מבין כלל הערוצים המשודרים על ידי הנתבעות ישנם כאלה שלא נעשה במסגרתם כל שימוש בזכויות המנוהלות על ידי התובעת. אף שהנתבעות משדרות מעל 100 ערוצים, ספק אם מספר הערוצים, שמשפחה ממוצעת צופה בהם בפועל, ונעשה במסגרתם שימוש ברשומות קול, החייב בתשלום תמלוגים על ידי הנתבעות, עולה על 20. הנתבעות אינן משדרות פרסומות, פעילות הכרוכה בשימוש מוגבר ברשומות קול. פעילות הנתבעות מביאה תועלת לתעשיית המוסיקה. השימוש ברשומות קול במסגרת הפקות המקור שלהן ושידור וידאו קליפים תורמים לקידום המכירות של המוסיקה המשודרת. תרומה זו מצדיקה הפחתה של סכום התמלוגים (ראו סעיף 5 להצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים) (שיפוט בעניני תמלוגים), התשס"א-2001, הצ"ח 2987, 548 וכן החלטות של בתי הדין לתמלוגים בניו זילנד ובאוסטרליה :

The Federation of Independent Broadcasters (N.Z.) Ltd v. Phonographic Performances (N.Z.) Ltd [1977] NZCopyT 1 (24 March 1977), p. 14, <http://www.nzlii.org/nz/cases/NZCopyT/1977/1.txt> :

“Having reached the conclusion that airplay of records is both strong commercial advantage to the record companies and also the commercial lifeblood of the Broadcasters, we consider that a royalty should be paid, but that is should not be as high as Phonograph seeks”;

Wea Records PTY Ltd. and others v. Stereo FM PTY Ltd, 48 A.L.R. 91 at p.130 (17.5.83),

http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/cth/federal_ct/unrep882.html?query=wea%20and%20records%20and%20pty%20and%20ltd%20and%2017%20and%20may%20and%201983%20and%20stereo%20and%20fm%20and%20pty%20and%20ltd :

“In determining the amount which it is fair and reasonable that 2MMM should pay to the record companies for the relevant right under s. 152 it would be wrong in our view to ignore the benefit accruing to record companies by increased sales of the sound recordings ...”.)

הכרעה

50. טרם התפתחה בארץ פסיקה בנושא קביעת תגמולים ראויים לתאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, כדוגמת התובעת. למעשה פסק דין זה הינו אחד הראשונים שעוסק בכך (קודם לו פסק דינה של השופטת ד"ר ד' פלפל בת"א (ת"א) 1871/02 הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון, מיום 17.4.07 (פורסם באתר האינטרנט של נבו הוצאה לאור, http://web1.nevo.co.il/Psika_word/mechozi/m02001871-465.doc). לא הצטבר, איפוא, די ניסיון כדי לקבוע את נוסחת החישוב המתאימה ביותר ככלל. הנוסחה שתוצג להלן נראית לי המתאימה ביותר בנסיבות העניין, לאור הראיות שהוצגו בפניי. הנתונים הרליבנטיים לצורך החישוב הם מספר המנויים של הנתבעות וההתפלגות שלהם למנויים אנלוגיים ומינויים דיגיטליים. זאת, כדלקמן (לפי עדותו של גור אריה, ת"נ, 71 – 73, המחיר הממוצע כולל מע"מ, והחישוב נעשה גם בהתחשב במנויים שלא שילמו):

שנת 2001: מנויים אנלוגיים: כ- 700,000 (בסוף השנה), מנויים דיגיטליים: כ- 440,000 (בסוף השנה);

שנת 2002: מנויים אנלוגיים: כ- 490,000 (בסוף השנה), מנויים דיגיטליים: כ- 536,000 (בסוף השנה);

שנת 2004: מנויים דיגיטליים: כ- 614,000 (בסוף השנה), מחיר ממוצע למנוי;

שנת 2005: מנויים אנלוגיים: כ- 270,000 (בסוף השנה), מנויים דיגיטליים: כ- 660,000 (בסוף השנה);

שנת 2006: מנויים אנלוגיים: כ- 250,000 (בסוף יולי), מנויים דיגיטליים: כ- 680,000 (בסוף יולי).

51. החישוב מבוסס על סכום התמלוגים ששילמו הנתבעות בגין כל מנוי בשנת 2000, השנה בה Yes החלה לפעול ועדיין כל המנויים של הנתבעות היו מנויים אנלוגיים, הגידול במספר הערוצים שכל מנוי צופה בהם בפועל ותוספת הזכות לבצע סינכרוניזציה לאגד, שהתובעת רשאית ליתן היתר שימוש בהן. בשנת 2000 מספר המנויים של הנתבעות היה כ- 1,400,000 (לפי עדותו של בלינקוב, כי כיום מספר בתי האב בישראל המנויים על קהל הלקוחות של הנתבעות ושל חברת הלווין ביחד נותר דומה למספר המנויים של הנתבעות ערב כניסת חברת הלווין לשוק בישראל, תצהיר בלינקוב, עמ' 20).

סך התמלוגים שהנתבעות שילמו בגין כל מנוי בשנת 2000 : \$190,000 לחלק ל- 1,400,000, התוצאה : \$0.135714285 למנוי, 0.564 ₪ לפי שער הדולר ליום 1.1.2000 (4.153 ₪), ובתוספת הפרשי הצמדה להיום : 0.63 ₪.

בהתאם לכך, שמספר הערוצים, המשודרים על ידי הנתבעות בשיטה הדיגיטלית, גדול פי שלושה לערך ממספר הערוצים המשודרים על ידיהן בשיטת השידור האנלוגית, אני מעריך, כי גם מספר הערוצים שמנוי דיגיטלי צופה בהם בפועל בהשוואה למנוי אנלוגי גדול פי 3.

הוספת הזכות לבצע סינכרוניזציה לאגד הזכויות, שהתובעת רשאית ליתן היתר שימוש בהן, הגדילה, כאמור לעיל, את היקף הזכויות, המנוהלות על ידיה, בהן הנתבעות עושות שימוש, ביותר מפי 2.

שנת 2003, בהתאם למצב המנויים בסוף שנת 2002 :

סכום התמלוגים בגין המנויים הדיגיטלים :

$$2,026,080 \text{ ₪} = 0.63 \times 3 \times 2 \times 536,000 \text{ ₪}$$

סכום התמלוגים בגין המנויים האנלוגים :

$$617,400 \text{ ₪} = 0.63 \times 2 \times 490,000 \text{ ₪}$$

סה"כ : 2,643,480 ₪

על פי החלטתי בבש"א 5576/05 מיום 6.7.05, נדרשו הנתבעות לשלם דמי רישיון זמניים בסך \$380,000 לשנה החל בשנת 2003.

\$380,000 = 1,749,520 ₪ לפי שער הדולר ליום 6.7.05 (4.604 ₪), ובתוספת הפרשי הצמדה להיום : 1,819,597.8 ₪.

$$823,882.2 \text{ ₪} = 1,819,597.8 \text{ ₪} - 2,643,480 \text{ ₪}$$

823,882.2 ₪ בתוספת ריבית כחוק מיום 1.1.03 : 1,006,927 ₪, לא כולל מע"מ.

שנת 2004, סה"כ כ- 1,000,000 מנויים ביום 21.3.04 (נספח ז' לתצהיר בלינקוב), סה"כ כ-

614,000 מנויים דיגיטלים בסוף השנה :

סכום התמלוגים בגין המנויים הדיגיטלים :

$$2,320,920 \text{ ₪} = 0.63 \times 3 \times 2 \times 614,000 \text{ ₪}$$

סכום התמלוגים בגין המנויים האנלוגים :

$$486,360 \text{ ₪} = 0.63 \times 2 \times 386,000 \text{ ₪}$$

סה"כ : 2,807,280 ₪

$$987,682.2 \text{ ₪} = 1,819,597.8 \text{ ₪} - 2,807,280 \text{ ₪}$$

987,682.2 ₪, בתוספת ריבית כחוק מיום 1.1.04 = 1,146,717 ₪, לא כולל מע"מ.

שנת 2005, בהתאם למצב המנויים בסוף השנה :

סכום התמלוגים בגין המנויים הדיגיטלים :

$$2,494,800 ₪ = 0.63 \times 3 \times 2 \times 660,000 ₪$$

סכום התמלוגים בגין המנויים האנלוגיים :

$$340,200 ₪ = 0.63 \times 2 \times 270,000 ₪$$

סה"כ : 2,835,000 ₪

$$1,015,402.2 ₪ = 1,819,597.8 ₪ - 2,835,000 ₪$$

1,015,402.2 ₪, בתוספת ריבית כחוק מיום 1.1.05 = 1,126,822 ₪, לא כולל מע"מ.

שנת 2006, בהתאם למצב בסוף יולי :

סכום התמלוגים בגין המנויים הדיגיטלים :

$$2,570,400 ₪ = 0.63 \times 3 \times 2 \times 680,000 ₪$$

סכום התמלוגים בגין המנויים האנלוגיים :

$$315,000 ₪ = 0.63 \times 2 \times 250,000 ₪$$

סה"כ : 2,885,400 ₪

$$1,065,802.2 ₪ = 1,819,597.8 ₪ - 2,885,400 ₪$$

1,065,802.2 ₪ בתוספת ריבית כחוק מיום 1.1.06 : 1,144,428 ₪, לא כולל מע"מ.

על הסכומים שנפסקו לעיל יש להוסיף מע"מ.

ככל שבמסגרת ההתקשרות שלהן עם מפיקים זרים שילמו הנתבעות בעבור השימוש ברשומות הקול המוגנות, הנכללות בהפקות הנרכשות, הרי שיש לנכות את הסכומים ששולמו מהסכומים שנקבעו לעיל.

אני מחייב את הנתבעות, ביחד ולחוד, לשלם לתובעת את הוצאות המשפט (בצירוף ריבית והפרשי הצמדה מיום הוצאתו בפועל של כל פריט) וכן שכ"ט עו"ד בסך 60,000 ₪ + מע"מ להיום.

ניתן והודע בפומבי היום כ' באלול תשס"ז (3.9.07), בהעדר הצדדים

סגן נשיא
