



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

התובעת: אקו"ם, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד נחום גבריאלי ועו"ד יעל קלמנוביץ

נגד

- הנתבעים**
1. רדיו הבירה שותפות מוגבלת
ע"י ב"כ עו"ד ארז צ'צ'קס
 2. רדיו הצפון החזקות בע"מ
שתיהן ע"י ב"כ עו"ד רם ז'אן, עו"ד דנה אמיר, עו"ד מתן שרף, עו"ד איריס בר-לב ועו"ד ד"ר הלל סומר
 3. רדיו קול רגע - שידורי העמקים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אורי דדו
 4. ד.ז. רדיו חיפה בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד תמיר אפורי
 5. רדיו תשעים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד אלי אורגד
 6. רדיו שדורים בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד תמיר אפורי
 7. רדיו ללא הפסקה (ניהול 2008) בע"מ
 8. רדיו ללא הפסקה בע"מ
שתיהן ע"י ב"כ עו"ד רם ז'אן, עו"ד דנה אמיר, עו"ד מתן שרף, עו"ד איריס בר-לב ועו"ד ד"ר הלל סומר
 9. רדיו 89 בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד תמיר אפורי
 10. רדיו קול חי משדרים באמונה בע"מ (נמחקה מהתובענה)
 11. קול ברמה בע"מ (ניתן פסק דין)
 12. רדיו אף. אם. השפלה בע"מ
 13. גלי הדרום א.ב.נ. בע"מ
 14. רדיו גלי ישראל בע"מ ח.פ. 415046176
שלושתן ע"י ב"כ עו"ד תמיר אפורי
 15. קול היס האדום בע"מ
באמצעות מנהלה מר רוני אלגרנטי
 16. רדיו א-שמש בע"מ
ע"י ב"כ עו"ד יזיד עבד אלחאלק



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

פסק-דין

1. בתביעתה עותרת התובעת לכך שבית המשפט יקבע כי על כל תחנות הרדיו האזוריות בישראל לשלם לה תמלוגים על פי המודל המוצע על ידה (להלן: "מתווה התמלוגים"). לכתב התביעה צירפה התובעת הסכם רישיון קבוע המשקף את מתווה התמלוגים הראוי לשיטתה (נספח 8 לכתב התביעה המתוקן). היא מבקשת שבית המשפט יקבע כי מתווה זה הוא סביר וראוי, וכי על תחנות הרדיו האזוריות מוטלת החובה לשלם לה תמלוגים בהתאם למתווה זה למצער למשך חמש שנים נוספות.

2. בקליפת אגוז ייאמר כי התובעת היא בעלת זכויות היוצרים ביצירות בתחום המוסיקה שנוצרו על ידי יוצרים החברים בה. היא התקשרה בהסכמים הדדיים עם אגודות דומות בחו"ל (להלן: "האגודות האחיות"). מכוח הסכמים אלה היא מוסמכת לנהל את זכויות היוצרים של היוצרים החברים באגודות האחיות, ולתבוע בשמם. התובעת טוענת כי היא מחזיקה בזכויות היוצרים של כ-95% מרפרטואר המוסיקה המוגנת המשודרת על ידי הנתבעות (טענה זו הוכחה על ידי הנתבעות).

במסגרת התביעה מבקשת התובעת לאכוף על הנתבעות – החברות המפעילות את תחנות הרדיו האזוריות בישראל – מודל תמלוגים ראוי עבור השימוש שהן עושות במהלך שידוריהן במוסיקה שהזכויות בה הן בבעלות התובעת או בניהולה (להלן: "הרפרטואר המוגן", "המוסיקה המוגנת" או "היצירות המוגנות"). לטענתה, חלק מתחנות הרדיו האזוריות מעולם לא חתמו אתה על הסכם רישיון, קבוע או זמני; חלקן חתמו על הסכמי רישיון זמניים; ובחלק מהמקרים נחתמו הסכמים שאינם משקפים מודל תמלוגים ראוי עבור זכויות היוצרים בהן נעשה שימוש. עובר לתיקון כתב התביעה (שהוגש בתחילה כנגד הנתבעת 1 בלבד) הודיעה התובעת על ביטול ההסכמים הזמניים והקבועים שכרתה עם הנתבעות, כשהיא דורשת כי מעתה ואילך ישולמו לה תמלוגים בהתאם למודל המוצע על ידה.

3. יש להבהיר כי הסכמי הרישיון, הזמניים והקבועים, שנחתמו בעבר בין התובעת לבין חלק מתחנות הרדיו האזוריות נשאו אופי דומה למדי זה לזה (אף שחלק מהנתבעות זכו להוספת תניות שלא נכללו בהסכמי רישיון עם נתבעות אחרות). מודל התמלוגים



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

שבא לידי ביטוי בהסכמים קודמים אלה יכונה להלן "המתווה הישן", בעוד הסכם הרישיון החדש המוצע עתה על ידי התובעת יכונה להלן "המתווה החדש".

4. בתביעתה עתרה התובעת למתן סעד שיקבע כי "התמלוגים הנדרשים ע"י אקו"ם עפ"י המודל שנתבע לעיל לרבות עקרונותיו הם תמלוגים סבירים וראויים" (סעיף 53א) (לכתב התביעה), וכן יקבע שעקרונות המתווה החדש יחולו למשך חמש שנים. במסגרת הסעדים הנתבעים בכתב התביעה נכללו דרישות טכניות נוספות (בעניין דרך הדיווח על השימוש ביצירות המוגנות, ולעניין המועדים להמצאת דיווחים ודו"חות כספיים) ובקשה לפיצול סעדים. בכתב התביעה לא התבקש בית המשפט לקבוע מה הוא מודל התמלוגים הראוי, אלא אך לאשר את המודל המוצע על ידי התובעת. הדבר לא התבקש גם לאחר שעניין זה הועלה במפורש במהלך ישיבת קדם המשפט.

5. אף שהדבר הוא מעט בבחינת הקדמת המאוחר, יובהר כי חוות-הדעת הכלכלית מטעם התובעת עסקה ביתרונות המתווה החדש וביקשה לשכנע את בית המשפט מדוע יש לאמצו, ואילו חוות-הדעת הכלכלית מטעם הנתבעות עסקה בחסרונות המתווה החדש. אף לא אחת מהן עסקה במודלים ראויים חלופיים. ככל שמתווים חלופיים אפשריים הוזכרו בחוות-דעת המומחה מטעם הנתבעות אגב הדיון במתווה החדש (דוגמת המתווה שלשיטת חלק מהנתבעות הוא המתווה הראוי, שבמסגרתו ישולם סכום כספי קבוע עבור הרישיון), הוא נמנע במכוון מלהתייחס לדרך בה יעוצב מתווה תמלוגים אפשרי מעין זה. מכאן שהשאלה היחידה שהוצבה לפתחו של בית המשפט היא האם הסכם הרישיון החדש אותו מבקשת התובעת לאכוף על הנתבעות הוא הסכם סביר וראוי, והראיות שהציגו הצדדים סבבו אף הן שאלה זו לבדה. בית המשפט לא התבקש לקבוע (או ליתר דיוק – לעצב) את דמותו של הסכם רישיון סביר וראוי **במנותק** מהמתווה החדש שהציעה התובעת.

בסיכומיה ביקשה התובעת כי אם לא יאושר המתווה המוצע על ידיה, יקבע בית המשפט מה המתווה הראוי שיש ללכת לאורו. לא ניתן לאמץ דרישה זו מטעמים מספר:

האחד, בשל ההיבט הדיוני-הפורמלי שעניינו בכך שסעד זה כלל לא התבקש בכתב התביעה והנתבעות התנגדו להרחבת החזית.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

השני, והוא הטעם העיקרי לדחיית בקשה זו, נעוץ בדרך בה התנהלו ההליכים ובפגיעה הקשה שהכרעה מעין זו תסב לזכויות הנתבעות. לו כללה התביעה בקשה מפורשת לכך שבית המשפט יקבע את מתווה התמלוגים הראוי, תוך שהתובעת היתה מציעה מתווה אפשרי משלה ומבקשת מלכתחילה אימוץ מתווה זה או מתווה ראוי אחר שבית המשפט ימצא לנכון, היתה מנוהלת הגנת הנתבעות באופן שונה לחלוטין. או אז היו הנתבעות מגישות חוות-דעת וראיות הנוגעות למתווה הראוי שיש לקבוע, תחת הבאת ראיות שכל מטרתן לסתור את טענות התובעת.

השלישי, ואף לו משקל מכריע, קשור בקשר הדוק לשני. בשל העובדה שהראיות התמקדו ביתרונותיו וחסרונותיו של המודל שהציעה התובעת, נפרשה לפני בית המשפט תמונה מצומצמת למדי, הגדורה בטענות אלה של הצדדים. קביעת מתווה ראוי, שיחול לכל הפחות מכאן ואילך ביחסים בין הצדדים ועשוי להקרין, מטבע הדברים, גם על היחסים בין התובעת למשתמשים דומים אחרים, מחייבת הצגה של התמונה בכללותה לפני בית המשפט, על כל היבטיה האפשריים. כפי שיובהר להלן, לא רק שהדבר לא התרחש במסגרת הדיון בתובענה זו, אלא שגם הטענות בהן גדרה התובעת את עצמה הוצגו ללא כל תשתית עובדתית ראויה. ממילא ברי שלא ניתן במצב דברים זה לקבוע מה המתווה הראוי או הסביר, ואף לא ראוי לעשות כן בשל החשש לקביעה שגויה המבוססת על תשתית עובדתית ועיונית חסרה עד מאוד.

לנוכח כל האמור לעיל יעסוק פסק-הדין אך בשאלה שהעמידה התובעת בבסיס התובענה, ושלגביה הגישה את ראיותיה, היא השאלה אם מתווה התמלוגים החדש, המגולם בהסכם הרישיון החדש המוצע על ידה, הוא סביר וראוי.

הרקע להליכים

6. ההתדיינות בין התובעת לתחנות הרדיו האזוריות החלה לפני שנים רבות. הליך שפתחה התובעת כנגד הנתבעת 13 בשנת 1999 הסתיים במתן צו מניעה כנגד אותה תחנה (ה"פ (מחוזי ב"ש) 8171/99 אקו"ם נ' גלי דרום א.ב.ג. בע"מ, מיום 7.1.01, להלן: עניין גלי דרום). מתן צו המניעה הניע חלק מהנתבעות לחתום על הסכמי רישיון, זמניים או קבועים, עם התובעת. נתיב פעולה זה אינו עומד עוד לרשות התובעת. זאת לאחר שביום 30.3.2004 קבע הממונה על ההגבלים העסקיים (כפי שכונה אז; להלן: "הממונה") כי ההסדרים הנוגעים לפעילותה של התובעת הם הסדרים כובלים וכי היא בעלת מונופולין במספר תחומים הנוגעים לזכויות במוסיקה, ובכלל זה ב"ניהול של





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

זכות השידור ביצירות מוסיקליות, לרבות באספקת רישיונות שימוש בה" (נ/1). יצויין כי בהחלטת הממונה הובהר שבכל אחד מהתחומים בו התובעת פעילה, למעט תחום הסינכרוניזציה, ניתן לאמוד את נתח השוק שלה כעולה על 95% (החלטת הממונה, נ/1, בעמ' 29 להחלטה). החלטת הממונה הגבילה את כוח התובעת להגיש תביעות כנגד הגופים המשדרים, והיא רשאית לעשות כן אך בכפוף לתנאים שקבע הממונה.

במאמר מוסגר יובהר כי מהחלטת הממונה, כמו גם מטיעוני הצדדים, עולה שאין מחלוקת כי דרך ההתאגדות וההתקשרות של היוצרים במסגרת אגודות דוגמת אקו"ם היא יעילה ומחוייבת המציאות. זאת מאחר שאין זה אפשרי או רצוי לנהל משא ומתן נפרד מול כל אחד מבעלי זכויות היוצרים בכל אחת ממיליוני היצירות המוסיקליות המוגנות במטרה לקבל רישיון לעשות בהן שימוש. לפיכך מוסכם על מומחי הצדדים כי התובעת מהווה "מונופולין טבעי".

7. בעקבות החלטת הממונה נקבעו "תנאים קבועים לפעילותה של אקו"ם" (נספח 5 לכתב התביעה, להלן: "תנאי ההיתר" או "ההיתר"). תנאים דומים נקבעו גם במסגרת החלטת הממונה מיום 2.11.16, והם חלים לתקופה של שש שנים נוספות ממועד מתן ההחלטה (נספח 3 לתצהיר יוריק בן דוד, מנכ"ל התובעת).

תנאי ההיתר עוסקים, בין היתר, בקביעת דמי רישיון השימוש ברפרטואר המוגן (סעיף 5 להיתר). לעניין זה נקבע בתנאי ההיתר כי אם לא יושג הסכם בין התובעת למשתמש לעניין דמי רישיון השימוש, תפנה התובעת למשתמש ותודיע לו מה דמי הרישיון שהיא דורשת ממנו, תוך שהיא מאפשרת לו להסכים לפנייה לבוררות. לאחר מספר פניות כנקבע בתנאי ההיתר (סעיפים 5.3-5.5 להיתר), רשאית התובעת לפנות לבית המשפט. אם שילם המשתמש דמי שימוש זמניים (כהגדרתם בסעיף 5.1 לתנאי ההיתר), באפשרותה לתבוע את ההפרש בין סכום התמלוגים הנדרש על ידה לדמי השימוש הזמניים ששולמו לה (סעיף 5.6.1 להיתר), ולבקש מבית המשפט "לקבוע את גובה התמלוגים הראוי למשתמש" לתקופה של עד שלוש שנים ממתן פסק הדין (סעיף 5.6.2 להיתר). אם לא שולמו דמי היתר זמניים, רשאית התובעת "לבקש מבית המשפט כל סעד אותו היא רשאית לתבוע על פי דין" (סעיף 5.8 להיתר). תנאי ההיתר עוסקים גם באפשרות למתן סעדים זמניים או הטלת צווי מניעה כתוצאה מהתדיינות משפטית מעין זו (סעיפים 5.6.1, 5.6.2 ו-5.8 להיתר). במקרה בו פונה התובעת לבורר או לבית המשפט עליה להודיע כי "היא מסכימה לשאת בנטל השכנוע ובנטל הבאת הראיות



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

בדבר סבירות דמי רישיון השימוש שהיא דורשת" (סעיף 5.10 לתנאי ההיתר (העדכניים). בהתאם לתנאי ההיתר הודיעה התובעת במסגרת התובענה שלפני כי היא "מסכימה לשאת בנטל השכנוע ובנטל הבאת הראיות".

8. התביעה הנוכחית באה לעולם לאחר שהתובעת ניהלה במרוצת השנים הליכים משפטיים כאלה ואחרים כנגד חלק מתחנות הרדיו האזוריות, וחתמה על הסכמי רישיון זמניים או קבועים עם חלקן. העילה הישירה להגשתה היתה הליך קודם שהתנהל בין התובעת לנתבעת 1 בבית משפט זה (ה"פ 03-12-53482), במסגרתו הגיעו הצדדים להסכם פשרה בגדרו הסדירו את חובות העבר והנתבעת 1 חתמה על הסכם רישיון זמני. הסכם הפשרה קיבל תוקף של פסק-דין ביום 27.5.13. או אז הגישה התובעת את התביעה הנוכחית, כאשר בלבושה המקורי הופנתה זו אך כנגד הנתבעת 1 לבדה. במסגרת תביעה זו, שהוגשה ביום 31.12.13, ביקשה התובעת לאכוף על הנתבעת 1 הסכם רישיון קבוע התואם את המתווה החדש. בכתב התביעה הודיעה כי בכוונתה לאכוף הסכם דומה על כל תחנות הרדיו האזוריות החל מיום 1.1.15.

לאחר שהתובעת שלחה לתחנות הרדיו האזוריות הודעות לפיהן היא דורשת כי ישלמו לה תמלוגים בהתאם למתווה החדש, והודיעה כי ההסכמים הישנים יסתיימו ביום 31.12.14, תוקנה התביעה כך שהוספו לה כל תחנות הרדיו האזוריות כנתבעות. כתב התביעה המתוקן, אליו צורפו לראשונה יתר תחנות הרדיו האזוריות, הוגש ביום 22.4.15.

9. בשל טיב המחלוקת בין הצדדים, הוצע לצדדים לפנות לגישור לפני צוות מגשרים הכולל שופטת בדימוס ואיש מקצוע מתחום התקשורת. ניסיונות הגישור התמשכו זמן רב, תוך שהצדדים מודיעים מפעם לפעם על כך שאלה קרובים לסיומם המועיל. למרבה הצער לא הגיעו הצדדים להסכמות, והדיון בתובענה שב לבית המשפט. בעקבות כישלון הגישור נקבע לוח זמנים להגשת הראיות. הצדדים הגישו ראיותיהם, והעדים והמומחים נחקרו על תצהירים וחוות-דעתם בתאריכים 12.11.19 - 14.11.19.

יובהר כבר עתה כי ראיות הצדדים – שכללו עדויות של שלושה עדים וחוות-דעת מומחה כלכלי מטעם התובעת ועדויות של 15 עדים וחוות-דעת מומחה כלכלי מטעם הנתבעות – מפרנסות אלפי עמודים של תצהירים, חוות-דעת ונספחים. אלא שחלקם הגדול של אלה אינו נצרך להכרעה בסוגיה שהעמידה התובעת לפני בית המשפט. אגב



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

חקירותיהם הממושכות של העדים – שהתפרשו על פני מאות עמודי פרוטוקול – הוגשו מוצגים רבים ורחבי היקף, שהיתוספו לאלה שצורפו לראיות הצדדים. הדיון שלהלן יבקש לנסות ולברור את הבר מהתבן הרב, ולהתמקד אך באותם עניינים שיש בהם כדי לסייע ולהכריע בשאלה אם המתווה החדש הוא אכן ראוי וסביר.

10. בבחינת הקדמת המאוחר אבהיר שלא שוכנעתי כי המתווה החדש הוא סביר וראוי, וזאת בשל פגמים שנפלו לכל הפחות במקצת מרכיביו. כאמור, בית המשפט לא התבקש בכתב התביעה – וספק אם הוא מוסמך – לקבוע מה מודל התמלוגים הסביר והראוי. שלילת המתווה החדש המוצע בשל אותם פגמים בולטים המצויים בו אינה משמיעה דחייה של טענות התובעת בנוגע לסבירותם של יתר רכיבי המתווה. היא אף אינה משמיעה שלילה של המתווה הישן, שנחזה על פניו להיות סביר וראוי לאין ערוך מזה המוצע, כפי שעולה מהראיות שהוצגו והעדויות, ובעיקר עדויות המומחים, שהושמעו.

11. דרך הילוכו של פסק-הדין תהא כדלקמן: אף שהדיון בתובענה מתמקד במתווה החדש, יפתח הדיון בפסק-הדין דווקא בתיאור המתווה הישן. זאת מהטעם שהמתווה החדש מבוסס על המבנה הישן תוך שהוא מכניס לתוכו שינויים משמעותיים ביותר. לאחר מכן יתואר המתווה החדש מושא התביעה. או אז ייבחנו הפגמים הבולטים במתווה זה. קיומם של פגמים אלה מוביל למסקנה לפיה דין התביעה להידחות. זאת על רקע הסעד שהתבקש – קביעה של בית המשפט כי מתווה זה הוא סביר וראוי.

עקרונות המתווים – הישן והחדש

א. כללי

12. הצדדים לא נחלקו בנוגע לעצם זכותם של היוצרים לזכות בתמלוגים עבור השימוש ביצירותיהם המוגנות. לא שררה ביניהם מחלוקת גם בנוגע לחשיבות שילוב מוסיקה בשידורי הרדיו, באופן זה או אחר. מחלוקתם נוגעת אך לדרך בה ייקבעו דמי הרישיון המוענק לתחנות הרדיו האזוריות.

התובעת טוענת כי על דמי הרישיון להיקבע כנגזרת של היקף המוסיקה המושמע בכל שעות היממה על ידי תחנת הרדיו, וכאחוז מהכנסות התחנה. לשיטתה יש להכפיל את שיעור השימוש במוסיקה המוגנת בכל יום במקדם הכפלה קבוע מראש, ואת התוצאה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

המתקבלת יש להכפיל בכלל הכנסות התחנות. תוצאת נוסחה זו היא הסכום לתשלום עבור רישיון השימוש.

הנתבעות טוענות כי מתווה תמלוגים ראוי היה אמור להיות מבוסס על תשלום כספי קבוע (וצנוע), שאינו נגזר מהכנסות התחנה. לשיטתן, אין כל הבדל בין "רכישת" זכויות השימוש במוסיקה לבין "רכישת" כל תוכן שידורי אחר; וכשם שכל תוכן שידורי אחר ניתן לרכישה במחיר הקבוע בצדו, שאינו תלוי בהכנסות התחנה, יש להחיל דין דומה על רכישת זכויות השידור של המוסיקה המוגנת.

13. בטרם יתוארו המודלים לגופם, יש להבהיר כי הרישיון היחיד שמוכנה התובעת להעניק הוא "רישיון שמיכה", המאפשר שימוש ללא הגבלה בכל היצירות המוגנות שברפרטואר אקו"ם. אין היא מאפשרת רכישת רישיון מוגבל, שיאפשר שידור של סוגה מסוימת של מוסיקה בלבד, או של מספר סוגות של מוסיקה, במחיר המופחת ממחירו של "רישיון שמיכה". אף שחלק מהנתבעות היו מעדיפות לרכוש רישיונות שיאפשרו שימוש בחלק מצומצם מהרפרטואר ובמחיר מוזל, שאלה זו אינה עומדת על הפרק במסגרת תובענה זו (אם כי אין מניעה שהיא תיבחן מחדש במסגרת משא ומתן עתידי בין הצדדים).

ב. מודל ה"פרו ראטה"

14. הן המתווה הישן והן המתווה החדש מבוססים על תפיסתה הכללית של התובעת הדוגלת בחיוב כנגזרת של היקף השמעת המוסיקה. תפיסה זו מכונה בפי עדי התובעת כמודל ה"פרו ראטה" - *Pro Rata Temporis* (ובתרגום לעברית: תשלום כנגזרת של זמן שימוש). על פי תפיסה זו יש לבחון את משך זמן השידור הכולל של תחנת הרדיו ביממה ולבדוק איזה חלק מתוכו תופס זמן שידור היצירות מהרפרטואר המוגן. את התוצאה, כך טוענת התובעת, יש להכפיל במקדם של 10% (להלן: "המקדם" או "מקדם ההכפלה"). מקדם זה מבוסס, לטענת התובעת, על המצב הנהוג בתחום זכויות היוצרים במוסיקה זה למעלה ממאה שנה ועל המקובל בעולם. התוצאה של מכפלה זו מוכפלת בהכנסות התחנה. התוצאה המתקבלת מכל אלה היא התגמול אותו על התחנה לשלם.





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

יובהר שבפועל לא אומצה דרך חישוב זו במלואה, לא במסגרת המתווה הישן ואף לא במסגרת המתווה החדש. ההבדל בין שני המתווים נעוץ בטיב ההתאמות המוסכמות בדרך החישוב או ההפחתות המוסכמות מתוצאתו.

להמחשת דרך חישוב עקרונית זו תוצג להלן דוגמה פשוטה, המניחה כי תחנה פלונית משדרת 24 שעות ביממה (כפי שמחייב אותה הרישיון שהעניקה הרשות השנייה), וכי לאחר דגימה של השידורים ניתן לקבוע כי בכל יום שידורים משדרת התחנה 8 שעות מוסיקה מוגנת במצטבר (מאליו מובן שהמספר העגול נבחר לצורך ההקלה על החישוב). חישוב פשוט מעלה כי בכל יום שידורים עושה התחנה שימוש ברפרטואר המוסיקה המוגן במשך 33.3% מהיום (כיחס של 8 ל-24). שיעור זה (33.3%) מוכפל על פי המתווה המשמש את התובעת ב-10%. התוצאה (3.33%) מוכפלת בהכנסות התחנה, ומהווה את הסכום שעל התחנה לשלם לתובעת.

ג. מתווה התמלוגים הישן

15. במרוצת השנים העלו התחנות הסתייגויות רבות כנגד המתווה העקרוני המושתת על מודל הפרו ראטה. התנגדויות אלה כללו לא רק את ההתנגדות לעצם החישוב הנגזר מהיקף ההשמעה תוך הכפלה בהכנסות. נטען כי הבאה בחשבון של סך זמן השמעת המוסיקה המוגנת עושה עוול לתחנות, מאחר שחלק הארי של המוסיקה משודר בשעות הלילה כאשר כמות המאזינים זניחה או אף לא קיימת, וכאשר השידור בשעות אלה אינו מניב הכנסות כלשהן מפרסומות. עוד נטען כי המתווה מבקש לחייב את התחנות בתשלום נגזרת מסך ההכנסות, ללא כל התחשבות בהוצאות שהוציאו לצורך ייצור ההכנסות. זאת על אף שהתקבולים מפרסומות (שהן עיקר הכנסות התחנות) הם פועל יוצא של השקעה מרובה בעמלות פרסום ובעלויות נוספות הכרוכות בהבאת מפרסמים להתקשר בחוזי פרסום עם התחנות.

במאמר מוסגר יובהר כי במסגרת כתבי הטענות וחוות-הדעת פרשו הנתבעות טענות רבות נוספות בנוגע לרכיבי המתווה או לתפיסה הגלומה בו. אלה יובאו במקומן. הטענות דלעיל הוזכרו כבר עתה בשל העובדה שהן התקבלו בעבר על ידי התובעת והובאו בחשבון במסגרת המתווה הישן.

16. על רקע טענות תחנות הרדיו האזוריות, נקבע במתווה הישן כי חלף עריכת חישוב המחלף את היקף שידור היצירות המוגנות מתוך כלל שידורי התחנה ומכפיל את



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

התוצאה (האחמ"ג – אחוז המוסיקה המוגנת) במקדם ההכפלה, ייערך חישוב משוקלל המביא בחשבון פרמטרים נוספים. חישוב משוקלל זה העניק משקל שונה לשעות היום ושעות הלילה, שהוגדרו כשעות שבין 00:22 ל-00:06. לעניין זה נקבע במתווה הישן כי כל שעת מוסיקה מוגנת בשעות הלילה תיחשב כ-0.2 שעות בלבד. עוד נקבע במתווה הישן כי יינתן משקל להוצאות שהוציאו התחנות עבור משיכת מפרסמים לרכוש זמן פרסום לשידור. ההסדר שנקבע לעניין זה קבע כי מתוך כלל הכנסות התחנה המשמשות לצורך החישוב יופחת סכום העולה עד כדי 30% מכלל ההכנסות בגין "עמלות הפרסום" (שהוגדרו כעמלות ששילמה התחנה "לסוכן או לכל גורם אחר אשר בתיווכו קיבלה התחנה פרסומות לשידור", כעולה מההסכמים שצורפו כנספחים 10-6 לתצהיר בן דוד). על התחנות הוטל להציג אישור רואה חשבון בנוגע להוצאות שהוציאה עבור עמלות פרסום אלה.

המחשת דרך פעולת מנגנון התאמות והפחתות זה תיעשה גם זו הפעם באמצעות הדוגמה שהוצגה לעיל – תחנה המשדרת מוסיקה 8 שעות ביממה. בהנחה שאותה תחנה שידרה בשעות הלילה חמש שעות מוסיקה מתוך שמונה שעות המוסיקה היומיות, הרי שאלה ייחשבו כשעה אחת בלבד ($5 \times 0.2 = 1$). לפיכך ייקבע שזמן שידור היצירות המוגנות במהלך היממה עומד על 4 שעות בלבד, ולא על 8 שעות כפי שנקבע קודם לכן, ובסך הכל על שישית מהיממה (16.66%). שיעור זה יוכפל על פי מתווה התובעת במקדם של 10%, והתוצאה המתקבלת היא 1.66%. אחוז זה יוכפל בהכנסות בניכוי עמלות הפרסום. בהנחה שעלה בידי התחנה להוכיח כי הוצאותיה עבור השגת מפרסמים ופרסומות עלו כדי 30% לפחות מהכנסותיה (התחנות טוענות כי ההוצאות בפועל גבוהות מ-30% מההכנסות), הרי שהתוצאה שתתקבל תוכפל ב-0.7 (בשל ההפחתה של 30% בגין עמלות הפרסום). מכאן שעל פי המודל הישן תשלם התחנה במקרה זה 1.162% מכלל הכנסותיה (במקום תשלום של 3.33% ללא הפחתות אלה).

17. **בחלק מההסכמים** שכרתה התובעת עם תחנות הרדיו האזוריות – וליתר דיוק: עם אותן תחנות שחתמו על הסכם כלשהו עם התובעת – נכללו שני רכיבים נוספים המשפיעים אף הם על שיעור תשלום התמלוגים:

האחד, הכנסת מינימום לצורך חישוב התמלוגים. לעניין זה נקבע בחלק מההסכמים כי הבסיס לחישוב יהיה לכל הפחות הכנסה חודשית בסכום בו נקב ההסכם (הסכמים



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

שונים קבעו סכומי מינימום שונים, ואלה נעו בין סכום של 100,000 ₪ לתחנות שהכנסתן נמוכה במיוחד לבין 300,000 ₪ לחודש לחלק מהתחנות).

השני, קביעת רף עליון לשיעור האחוז המוכפל בהכנסות בניכוי ההוצאות. כך, בהסכם הפשרה שנחתם עם הנתבעת 1 (נספח 7 לכתב התביעה) ובהסכמים שנחתמו עם הנתבעות 6, 7, ו-12 נקבע כי בכל מקרה לא יעלה שיעור האחוז המוכפל בהכנסות התחנה על 3.1%. דהיינו: גם אם חישוב זמן השידור המשוקלל של המוסיקה המוגנת יסתכם ב-40% משעות היממה, לא תחוייב התחנה לשלם לפי מכפלה של הכנסותיה (בניכוי 30% הוצאות עמלות פרסום) בשיעור 4% (אחוז השידור המשוקלל כפול מקדם ה-10% שהתובעת טוענת כי יש להחילו). חלף זאת יוכפלו ההכנסות ב-3.1% בלבד (דהיינו: 2.17% מההכנסות, לאחר שנוכו 30% הוצאות).

הסכמה שונה במקצת נכללה בהסכם חובות עבר שנחתם בין התובעת לנתבעת 9 (הסכם מיום 23.4.14, שצורף כנספח 1 לתצהיר אבי משולם, מנכ"ל הנתבעת 9). בהסכם זה נקבע כי חובות העבר יחושבו על בסיס 2.6% מההכנסות בניכוי עמלות.

יש להבהיר כי הוראה הקובעת רף עליון לא נכללה בהסכמים עליהם חתמו הנתבעות 2, 4, 5, 8, 13 (עמה נחתם הסכם בשנת 2002 שכלל הנחות ייחודיות לשנים הראשונות להסכם) ו-15.

18. המתווה הישן, שתואר לעיל, היה הבסיס להסכמים שנכרתו עם אותן תחנות רדיו שהתקשרו בהסכם עם אקו"ם. לעניין זה, ולשם השלמת התמונה, יובהר כי מתוך 14 הנתבעות שפסק-הדין עוסק בעניינן (לאחר שהתביעה כנגד הנתבעת 10 נמחקה והתביעה כנגד הנתבעת 11 התקבלה בהיעדר הגנה), הציגו 11 נתבעות הסכמים, זמניים או קבועים, שנחתמו עם התובעת. בחלק מהמקרים נחתמו ההסכמים רק לאחר הגשת התביעה המקורית. ההסכם עם הנתבעת 3 לא הוצג (אף שנטען בסעיף 9(3) לכתב התביעה כי היא חתומה על הסכם עם התובעת); ואין מחלוקת שהנתבעות 14 ו-16 נמנעו מחתימת הסכם כלשהו עם התובעת.

ד. השינויים העיקריים בין המתווה החדש לישן

19. המתווה החדש, שהתובעת מבקשת שבית המשפט יקבע כי הוא סביר וראוי, שונה במספר מובנים מהמתווה הישן: הוא אינו כולל עוד "זמן שידור משוקלל". הוא מבטל



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

כליל את ההתחשבות בשעות שידור בלילה, ואלה נחשבות ככל שעת יממה אחרת; הוא מאפשר ניכוי של עמלות פרסום עד להיקף של 15% מההכנסה בלבד, חלף 30% במתווה הישן (הגדרות "הכנסה" ו"עמלת פרסום" בסעיף 2 להסכם הרישיון החדש); הוא קובע הכנסה מינימלית של 350,000 ₪ לחודש, ללא הבחנה בין התחנות השונות והכנסותיהן (סעיף 12 להסכם הרישיון החדש); והיתוספה לו הוראה לפיה "זמן השידור המירבי המותר" אשר ביחס אליו מחושב זמן השימוש ביצירות המוגנות (דהינו: הזמן הנמצא **במכנה הנוסחה** במסגרתה מחולק זמן שידור היצירות המוגנות במכלול שעות השידור ביממה) הוא 20.4 שעות ביממה ולא 24 שעות. זאת בשל ניכוי "חלונות זמן פרסום" בפועל או על פי חוק (סעיפים 13 ו-19 להסכם הרישיון החדש). קביעה אחרונה זו, המפחיתה 15% ממספר השעות בכל יממה במכנה נוסחת החישוב, מתבססת על קביעת המחוקק בעניין ההיקף המירבי של שידורי פרסומת ברדיו. על פי הוראת סעיפים 85(א)(1) ו-85(ב)(2) לחוק הרשות השניה לטלוויזיה ורדיו, התש"ן-1990, רשאית תחנת רדיו לשדר שידורי פרסומת עד 15% מזמן השידור הכולל. התובעת סבורה שאין להביא את זמן הפרסומות בחישוב הזמן המירבי לשידור.

הצבה של הנתונים שנזכרו לעיל בנוסחה שמציע הסכם הרישיון החדש מביאה לתוצאה שונה בתכלית מזו שהתקבלה מהנוסחה שאימץ המתווה הישן. כפי שהודגם לעיל, חישוב על פי 8 שעות שידור מוסיקה מוגנת ביממה, תוך הפעלת מקדם שעות לילה והפחתה של 30% עבור עלות עמלות הפרסום, הביא למצב בו לאחר הכפלה במקדם של 10% תשלם התחנה 1.162%. על פי החישוב החדש ייקבע היחס בין שעות השמעת המוסיקה המוגנת (8 שעות ללא כל הפחתת לילה) ל"זמן השידור המירבי המותר" של 20.4 שעות. יחס זה יעמוד על 39.2% (במקום 16.6% בחישוב הקודם, שהניח כי יש להתחשב בכל שעות היממה, ויש להעניק משקל שונה לשידורים בלילה). הכפלת תוצאה זו במקדם הפרו ראטה של 10% תביא למקדם של 3.92%. הוא יוכפל בהכנסה, אך זו הפעם יופחתו ממנו אך 15% בגין הוצאות, חלף 30% שהופחתו במתווה הישן. התוצאה היא כי על פי המתווה החדש תידרש אותה תחנה לשלם 3.33% (תוצאת מכפלה של 3.92% ב-85% מההכנסה), סכום העולה **כמעט כדי פי שלושה** מהסכום שנדרשה לשלם לפי המתווה הישן (1.162%).

התוצאה החישובית בדוגמה זו משקפת באופן ריאלי את התוצאה הממוצעת הצפויה של השינויים במתווה. לעניין זה הבהיר המומחה הכלכלי מטעם התובעת, ד"ר רועי



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

שלם, כי ניתן לומר ככלל שבמסגרת המתווה החדש נדרשות התחנות לשלם פי שלושה מאשר במסגרת המתווה הישן (עמ' 316 לפרוטוקול, בשורה 17).

20. הנתבעות טוענות כי כל אחד מרכיבי המתווה החדש לוקה בחסר, ויש לדחות כל רכיב לגופו ואת המתווה ככלל. כפי שהובהר לעיל, מאחר שהתובעת ביקשה מבית המשפט לאשר את המתווה כמכלול, די למעשה בקביעה לפיה רכיב מרכזי מרכיביו אינו סביר וראוי כדי לשמוט את הקרקע מתחת לתביעה.

ה. דרך הדיון

21. הדיון להלן יפתח בהצגה סדורה של הסכם הרישיון הקבוע החדש שבית המשפט מתבקש לאשרו, שעיקר הוראותיו הובאו לעיל בקצרה אגב סקירת ההבדלים בין המתווים. לאחר מכן ייסקרו בקצרה הטענות המרכזיים הנוגעים לרכיביו. אלה לא ידונו במלואם, מאחר שדי בעובדה שחלק מהרכיבים אינו ראוי כדי לשמוט את הקרקע מתחת לתביעה. לפיכך ידונו רק אותם טענות מרכזיים המביאים למסקנה לפיה אין לאמץ את המתווה על קרבו ועל כרעיו.

22. על מנת להקל על מרוצת הקורא, יובהר כי מטעם התובעת העידו שלושה עדים: מנכ"ל אקו"ם יוריק בן דוד (להלן: **בן דוד**), סמנכ"ל לקוחות ופיתוח עסקי באקו"ם אסף נחום (להלן: **נחום**) וחיים קינן המכהן כדירקטור באקו"ם משנת 2008 (להלן: **קינן**). אקו"ם הגישה חוות דעת כלכלית כתמיכה בטענותיה. חוות דעת זו נערכה על ידי ד"ר רועי שלם (להלן: **שלם**). מטעם הנתבעות הוגשו תצהירי עדות ראשית רבים של נושאי משרה בכירים בנתבעות. עדותם של אלה סבבה נושאים שברובם אינם נדרשים להכרעה בתובענה זו, ולפיכך אין צורך להציג את כולם כבר עתה. כמו כן, הגישו הנתבעות (וליתר דיוק שתי הקבוצות המרכזיות של הנתבעות: הנתבעות 2, 7 ו-8 והנתבעות 4, 6, 9, 12, 13 ו-14) חוות דעת כלכלית מטעמן, שנערכה על ידי ד"ר שלומי פריזט (להלן: **פריזט**).

הוראות הסכם הרישיון הקבוע המוצע

23. על פי הסכם הרישיון המוצע (נספח 8 לכתב התביעה), מוגדרת "**הכנסה**" של תחנת רדיו כהכנסה מפרסומת, לרבות הכנסה משיתופי פעולה עם אחרים, דוגמת הכנסות ממשלוח מסרונים והכנסות מאתר אינטרנט המשדר סימולטנית את השידורים (סעיף



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

2 להסכם). "עמלת פרסום" מוגדרת כעמלה ששילמה התחנה בפועל לסוכן או למתווך "אשר בתיווכו קיבלה התחנה פרסומות לשידור". לעניין זה נקבע כי "סך כל עמלות הפרסום שיוכרו לצורך ניכוי לא יעלה על 15% מן ההכנסה של התחנה, כהגדרתה לעיל ובלבד שיוצג לאקו"ם אישור רו"ח בנוגע לתשלום עמלות אלה" (סעיף 2 להסכם). בסעיף 3 להסכם הובהר כי הרישיון כולל אפשרות לשדר מוסיקה בשידורי הרדיו ולהעביר את השידור סימולטנית באינטרנט, ולהקליט יצירות לצורך שידורי הרדיו או לשימוש ארכיוני של התחנה.

ההסכם מחייב את התחנות למסור דו"ח הכנסות שנתי, מאומת ומאושר, במתכונת של הנספח להסכם (סעיף 8 להסכם), ולמסור דו"ח הכנסות ועמלות פרסום בכל רבעון (סעיף 9 להסכם). על אקו"ם הוחלה חובת סודיות בנוגע לכל סוד מסחרי של התחנה (ובכלל זה של הכנסותיה), אך בתניית הסודיות נכתב כי "אקו"ם תהיה רשאית להשתמש בנתונים אלה לצורך תביעת דמי הרישיון שעל התחנה להעביר לה ו/או לשם דיווח ליוצרים על התמלוגים המגיעים להם על פי הסכם זה" (סעיף 30 להסכם).

כן נקבע כי לצורך חישוב התמלוגים "הכנסות התחנה לא יפחתו בכל מקרה מ-350,000 ש"ח לחודש בחישוב שנתי (להלן: 'ההכנסה המינימלית')" (סעיף 12 להסכם).

בסעיף 13 להסכם הרישיון הובהר כי "זמן שידור כולל" לצורך ההסכם הוא "בדרך כלל 24 שעות" ביממה. ההסכם אף מוסיף וקובע כי "התחנה מצהירה כי זמן השידור הכולל שלה בעת חתימת הסכם, הוא 24 שעות יממה" (סעיף 14 להסכם; השיבושים במקור). אלא שבצד קביעה זו, המושתתת על אורך היממה ה"אמיתי", והמבוססת על התחייבות תחנות הרדיו כלפי הרשות השניה לשדר במשך 24 שעות ביממה, נוספה קביעה לפיה "זמן השידור המירבי המותר" הוא הזמן בו ניתן לשדר יצירות מוגנות והוא "לא כולל את חלונות זמן הפרסום" (סעיף 13 להסכם). ההסכם מוסיף ומדגים זאת, באומרו כי ביממה בה שודרו פרסומות במשך 3 שעות יחושבו רק 21 שעות ביממה. עוד נקבע בסעיף 13 כי "בסיס התמלוג למשדר" יחושב לפי "100% מזמן השידור המירבי המותר" של תחנת הרדיו, ו"יהיה 10% מהכנסות המשדר"; דהינו: התמלוג ייגזר מהשוואת זמן השימוש ביצירות המוגנות ביחס לזמן שידור מירבי של 20.4 שעות ביממה (שעות השידור ביממה בניכוי 15% בגין פרסומות), והתוצאה תוכפל במקדם ההכפלה של 10%.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

סעיף 15 להסכם קובע כי התמלוג לתשלום ייקבע לפי "חלוקת זמן שידור יצירות מרפרטואר אקו"ם בזמן השידור המירבי המותר, והכפלת המנה שתקבל בבסיס התמלוג למשדר".

עוד קובע ההסכם כי על כל תחנה לנהל רישום מדויק של היצירות המוגנות המשודרות על ידיה, כולל תזמונן (סעיף 17 להסכם); להמציא רשימה זו מדי חודש לאקו"ם (סעיף 18 להסכם); להסכים לדיווח באמצעות תוכנה המכונה "תוכנת הר"שים" (סעיף 18.1 להסכם); ולדווח על זמן הפרסומות המצטבר בכל חודש (סעיף 19 להסכם).

ההסכם מבקש להקנות עדיפות לחישוב אחוז היצירות המוגנות המושמעות על פי הנתונים שיתקבלו מתוכנת פענוח חדשה שמבקשת התובעת להפעיל (להלן: "בימאט") על פני הדיווחים שמוסרות התחנות. לעניין זה קובע הסכם הרישיון החדש כי התובעת תקבע את שיעור התמלוג "עפ"י הדיווחים שמסרה התחנה אולם ככל שקיימים בידי אקו"ם נתונים על היקף השימוש שעושה התחנה ביצירות מוגנות על פי פענוח המערכת הממוחשבת לפענוח שידורי רדיו ייקבע ההיקף עפ"י נתוני מערכת זו" (סעיף 23 להסכם).

24. המרת הוראות אלה לשפת המעשה מלמדנו כי על פי הסכם הרישיון המוצע יובא בחשבון "מונה" המשמש בנוסחת החישוב משך הזמן המדויק בו נעשה שימוש ביצירות מהרפרטואר המוגן של אקו"ם. ב"מכנה" יובאו בחשבון רק אותן שעות ביממה בהן לא משודרות פרסומות. זמן השידור יחולק בשעות היממה בהן לא משודרות פרסומות. התוצאה תוכפל במקדם של 10%. התמלוג שישולם יתקבל מהכפלת התוצאה של מכפלה זו בהכנסה שנתית של 4,200,000 ₪ לכל הפחות (הכנסת מינימלית של 350,000 ₪ X 12) ואם ההכנסה השנתית בפועל גבוהה מסכום זה – בהכנסת התחנה בפועל. מההכנסה ניתן יהיה להפחית עד 15% עבור עמלות פרסום. בהפחתה אפשרית זו לא יחול שינוי גם אם בפועל הוציאה התחנה סכום הגבוה פי כמה עבור ה"תיווך" לקבלת הפרסומות לשידור.

ההסכם מחייב מתן דיווחים רבעוניים ושנתיים על הכנסות התחנה. חובת הסודיות הקבועה בהסכם בעניין נתונים אלה הוחרגה על ידי התובעת, תוך שהיא מאפשרת לה לעשות שימוש בנתונים אלה לצורך דיווח ליוצרים על התמלוגים המגיעים להם (ומכאן החשש שמביעות הנתבעות מהאפשרות לזליגת סודות מסחריים לצדדים שלישיים).



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

עוד מחייב ההסכם מתן דיווחים מפורטים על השמעות המוסיקה המוגנת, אך בד בבד קובע כי המדידות שתבצע התכנה שמבקשת אקו"ם להטמיע תגברנה על הדיווחים שיערכו על ידי התחנות.

טענות הצדדים

א. כללי

25. בטרם הידרשות לטענות הצדדים לגופן, יש להבהיר כי מראיות הצדדים ומחוות הדעת הכלכליות מטעמם עולה כי קיימים מספר מתווים אפשריים לחישוב התמלוגים שעל המשדרים לשלם עבור השימוש ביצירות המוגנות:

מתווה אפשרי אחד, ובו דוגלת התובעת, מבוסס על חיוב של הגוף המשדר לשלם אחוז מהכנסתו. מתווה זה הוא המתווה היחיד שניתנה לו התייחסות מקיפה בחוות הדעת ובראיות מטעם הצדדים.

לבד ממתווה זה, העומד בבסיס הדיון בתובענה, הוצעו מתווים אפשריים נוספים. המשותף להם הוא שאף לא אחד מהם זכה לדיון וביסוס מעמיקים במסגרת ההתדיינות בתובענה שלפני:

מתווה אפשרי שני, המהווה מעין ריכוך של המתווה הראשון, מציע מודל במסגרתו יחול חיוב על פי אחוז מההכנסה של הגוף המשדר, אולם זה יחושב ביחס לכל שעת שידור בנפרד. על פי מתווה מוצע זה, ייערך חישוב של השימוש ביצירות המוגנות בכל שעה ביממה מול ההכנסה המתקבלת מפרסומות באותה שעה, והחיוב בתשלום יחושב על פי הכפלת ההכנסה לאותה שעה באחוז השימוש באותה שעה (לאחר שזה יוכפל במקדם מתאים, שלשיטת הנתבעות אמור לנוע לכל היותר בין 3% ל-5%). הנתבעות המציעות מתווה זה – כהצעה חלופית בלבד – טוענות כי הוא יביא לידי ביטוי בצורה מדוייקת יותר את היחס שבין השימוש במוסיקה לבין ההכנסות. הן סבורות כי בדיקה בדרך זו תביא למסקנה לפיה בשעות השיא של ההאזנה – שהן השעות המניבות הכנסה גבוהה מפרסומות – מושמעת מוסיקה במינון נמוך במיוחד. לפיכך לא יהא זה הוגן וראוי לעשות חישוב של השימוש במוסיקה על פני יום שלם ולהכפילו בהכנסות הנובעות מיום שלם של שידור, אלא יש צורך בבדיקה נקודתית של כל שעה בפני עצמה.





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

מתווה אפשרי שלישי, המוצע על ידי מרבית הנתבעות, מבוסס על תשלום קבוע. במסגרת מתווה זה קיימות שתי חלופות ביניים מרכזיות, כאשר **האחת** עוסקת בתשלום שנתי קבוע עבור "רישיון השמיכה" שמספקת התובעת, **והשניה** עניינה בתעריף קבוע עבור השמעת שיר או תעריף קבוע עבור דקת שידור של שיר.

מתווה אפשרי רביעי הוצע על ידי חלק מהנתבעות בעקבות נתונים הנוגעים למודלים שנראה כי מתקיימים בפועל בחלק ממדינות העולם (הראיות בעניין המודלים המקובלים בעולם נחזות להיות חלקיות בלבד, כפי שיובהר במקומו). על פי מודל זה תבוצע חלוקה בין תחנות המשדרות מוסיקה בהיקף ניכר לבין תחנות מוטות מלל ("talk radio"). המתווה יקבע מה אחוז שידור המוסיקה המירבי המותר לשימוש ב"רדיו מלל", ומתי תפסיק תחנת שידור להיחשב כרדיו מלל ותיחשב כ"רדיו מוסיקה". לכל אחד מסוגי תחנות שידור אלה (רדיו מלל ורדיו מוסיקה) ייקבע תעריף "קבוע" בגדרו תחוייב התחנה לשלם סכום קבוע מהכנסותיה, ללא בדיקה שוטפת של היקף השימוש המדוייק במוסיקה וללא הכפלה של אחוז השידור במקדם כלשהו. תחנות מוטות מלל ישלמו אחוז נמוך מהכנסותיהן, בעוד תחנות המרבית לשדר מוסיקה ישלמו תעריף גבוה מעט יותר. יובהר כי מהנתונים שהוצגו בעניין המדינות בחו"ל עולה כי הגדרת התחנה כתחנת מלל כמו גם גובה האחוז לתשלום נקבעים, בדרך כלל, על ידי הרגולטור.

מתווה אפשרי חמישי עלה במסגרת סיכומי קבוצת הנתבעות 4, 6, 9, 12-14 (ולטענתן הוא המתווה המקובל ב-BMI). בגדרו נקבע סכום כולל שעל כל המשדרים לשלם יחדיו, כאשר בית המשפט או גוף אחר קובע את איזה חלק מסכום כולל זה ישולם על ידי כל אחד מהמשדרים.

התובעת, כאמור, דוגלת בשיטה לפיה ישולם לה אחוז מהכנסות התחנות.

26. עניין כללי נוסף שיש צורך להידרש לו בטרם הצגת טענות הצדדים הוא זה הנוגע לטיב המחלוקת שביניהם. בפתח סיכומיה טענה אקו"ם כי הקביעה בעניין מתווה התמלוגים הראוי "איננה רק עניין כלכלי, משפטי ולוגי. היא מגלמת בחובה הכרעה ערכית בדבר הסביר והראוי בעיני בית המשפט הנכבד, לאחר איזון שלל נתונים וערכים – בין היתר ערכי תרבות, ושאלות כבודות משקל בדבר הראוי והרצוי". אכן, עיון בכתבי הטענות ובראיות שהציגו הצדדים מעלה כי מחלוקתם כלל אינה סובבת שאלות



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

משפטיות, למעט שאלות הנוגעות לטיבן ומשקלן של הראיות. טיעוני הצדדים מצויים בעיקרם במישור הכלכלי, ומערבים טענות הנוגעות להכרעה ערכית בנוגע לזכויות היוצרים מחד גיסא וליכולת תחנות הרדיו האזוריות להתקיים מאידך גיסא. כך, בין היתר, הועלו טענות בנוגע למצב האמנים בישראל ולחשיבות שבעידוד המוסיקה; לצורך של בית המשפט להידרש לסוגיה גם לנוכח העובדה שהרגולטור לא מצא לנכון להעביר די תקציבים לתמיכה ביוצרים בישראל; ולשאלות הנוגעות לעידוד תחנות רדיו המצויות בפריפריה וניצבות מול אתגרים לא פשוטים במישור הגיאופוליטי, שחלקן משרתות אוכלוסיות מוחלשות.

דומה שטיב המחלוקת, הנטועה בעולמם של שיקולים ערכיים ומערבת הכרעה בעניינים מקרו-כלכליים, מחייבת אסדרה, ולמצער הסדרה, מטעם המחוקק. למרבה הצער הדבר לא נעשה. יש לקוות כי הרגולטור יידרש לסוגיה זו בהקדם האפשרי.

ב. טענות התובעת

27. התובעת סבורה כי על מודל התמלוגים הראוי להתבסס על שלושה שיקולים עיקריים: **האחד**, עניינו בהיקף השימוש ביצירות המוגנות. בהקשר זה מציינת התובעת כי הנתבעות עושות שימוש נרחב ביותר ביצירות המוגנות וזאת בעיקר בשל העובדה כי מדובר בתשומה זולה, ומאחר שניתן לעשות בה שימוש בנקל. **השני**, עוסק בדרגת החשיבות של השימוש ביצירות אלה לקיום הגוף המשדר. התובעת סבורה כי שידור מוסיקה הוא חיוני לשידורי הרדיו וכי "אין רדיו ללא מוסיקה". **השלישי**, בוחן את התועלת הנובעת לגוף המשדר מהיצירות המוגנות (סעיף 23 לכתב התביעה וסעיף 12 לתצהיר נחום). התובעת סבורה כי לתחנות הרדיו צומחת תועלת גדולה ביותר משידור המוסיקה. לשיטתה, המצב שנוצר בשטח עובר לעיצוב המתווה החדש הנציח שימוש רב היקף במוסיקה תוך תשלום סכומים פוחתים והולכים עבור השימוש. זאת הן בשל העובדה שהנתבעות הפרו את ההסכמים שנכרתו עימן, והן בשל היחס הלא סביר – לשיטת התובעת – בין השימוש הרב ביצירות המוגנות לבין התשלום הנמוך עבורו. התובעת טוענת כי מכלול שיקולים אלה מביא למסקנה לפיה יש לתמוך במודל המוצע על ידיה.

28. בתצהירה פירטה התובעת מספר עובדות שהיא סבורה כי הן רלוונטיות להכרעה. כך, בתצהירו של בן דוד, לאחר סקירת ההסכמים עם הנתבעות והפרות ההסכמים על ידיהן, נטען כי סך התמלוגים ששולמו בענף הרדיו עובר להגשת התביעה עמד על כ-





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

2,340,000 ₪, ואילו בשנת 2017 ירד סכום זה לכ-1,700,000 ₪ בלבד כתוצאה ממוסר התשלומים הלוקה בחסר של הנתבעות (פסקה 41 לתצהיר בן דוד). עוד נטען בתצהיר כי בסוף שנת 2018 חברים באקו"ם 11,272 יוצרים ישראלים, וכי הרפרטואר הישראלי המוגן שהזכויות בו רשומות במחשביה עומד על 598,963 גרסאות שונות ליצירות בישראליות, ו-1,242,430 גרסאות שונות ליצירות לועזיות (פסקה 46 לתצהיר בן דוד; יובהר כי אמירות אלה של בן דוד לא גובו במסמכים כלשהם). רישיון השמיכה מאפשר לכל אחת מהנתבעות לעשות שימוש בכל חלק מהרפרטואר רחב היקף זה.

אשר לרקע לשינוי המתווה ולשיקולים שהנחו את אקו"ם ביצירת המתווה החדש, אלה תוארו בתצהירו של נחום. הוא טען בתצהירו כי בדיקה שערכה אקו"ם העלתה שהנחות היסוד של המתווה הישן אינן תואמות את המודל הכלכלי ואף אינן מקובלות במרבית מדינות ההשוואה (פסקה 28 לתצהירו המתוקן, להלן: תצהיר נחום). כן טען, בין היתר, כי אין כל הכרח שתחנות הרדיו יעשו שימוש במוסיקה בשעות הלילה, כפי שהן נוהגות היום "והן יכולות לבחור ולהשתמש בתכנים אחרים שיש בידיהן" (פסקה 29 לתצהיר נחום).

29. הצידוקים לבחירה במתווה החדש פורטו בהרחבה בחוות דעתו של ד"ר שלם. הוא עמד על כך שקיים שוני בין קניין רוחני לקניין פיזי, ושעה שמדובר בקניין רוחני ביצירות אמנות קיים קושי מובנה בהערכת שוויין. זאת מהטעם שלא ניתן לבחון את שווי היצירה לפי העלות השולית שלה, כפי שהדבר נעשה במוצר צריכה (עמ' 14-15 לחוות הדעת). המומחה עמד על כך שלא ניתן לקבוע מחיר קבוע ליצירה, משום שערכה שונה כאשר היא משודרת למיליוני אנשים או כאשר היא מושמעת לקבוצה מצומצמת הנמצאת במקום מתוחם (עמ' 15 לחוות דעתו). עוד טען המומחה שיש מקום לקבוע מתווה תמלוגים המזרים סכומים גבוהים לידי היוצרים מאחר ש"בישראל, ככלל לא קיימת תמיכה ממשלתית ביוצרים של יצירות מוסיקליות. לכן קביעת התמלוג הראוי על ידי בית-המשפט היא למעשה רגולציה של מחיר, אשר מחליפה את המדיניות הממשלתית" (עמ' 15 לחוות הדעת). לעניין שיקול אחרון זה יש לציין כבר עתה שבית המשפט אינו בא להחליף את הרגולטור, ואין זה מתפקידו להטיל עלויות על גופים פרטיים על מנת שאלה ישאו במימון צרכים ציבוריים, חשובים ככל שיהיו.

בחוות דעתו התייחס שלם גם למקדם ה-10% עליו התבססו המתווים הישן והחדש, המבוססים שניהם על מודל הפרו ראטה. הוא טען כי מדובר במודל שנקבע היסטורית



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

בנוגע לתמלוגים ליוצרים מהכנסות תיאטרון, וחזר ונשנה לאחר מכן בהמלצות שונות של ארגוני בעלי זכויות. לעניין זה הפנה, בין היתר, לפרסומים שנעשו מטעם CISAC (ארגון הגג של מחברים ומלחינים - Confédération Internationale des Sociétés d'Auteurs et Compositeurs; להלן: **סיסאק**) ומטעם WIPO (הארגון העולמי לקניין רוחני - World Intellectual Property Organization; להלן: WIPO), ובפרט לפרסומו של אולריך אוכטנהגן (Ulrich Uctenhagen *Copyright Collective Management in Music 71* (WIPO, 2005); הפרסום הוגש וסומן 40/40, להלן: **אוכטנהגן**). הוא סבור כי מדובר במודל המקובל בעולם כולו. עוד טען כי מקדם ה-10% עולה בקנה אחד עם האמור ב"מדריך של UNESCO" (עמ' 22 לחוות הדעת). ההפנייה ל"מדריך" מטעם אונסק"ו היא לפרסום של פאולה שחפנס (Paula Schepens *Guide to Collective Administration of Authors' Rights* (UNESCO, 2000), שצורף כנספח 1 לתצהיר נחום, להלן: **שחפנס**). הוא הצביע על כך שבפרסום של שחפנס נאמר, בין היתר, כי יש לעשות שימוש במקדם של 10% (**שחפנס**, בעמ' 26).

מתוך נסיון להוסיף ולתמוך את הטענה לפיה על המתווה להתבסס על מקדם הכפלה של 10% הציג המומחה נתונים הנוגעים לתמלוגים שגובות אגודות אחיות במדינות שונות בעולם. המומחה פרט בחוות דעתו את המודל המקובל ב-22 מדינות בעולם (בטבלה בעמ' 34), וטען שמבין מדינות אלה יש לבחור רק מדינות ששפתן אינה נפוצה בעולם ושיש להן מאפיינים דומים לאלה של ישראל. רק מדינות אלה יוכלו לשמש כקבוצת המדגם הראויה להשוואה לישראל (להלן: **"מדינות המדגם"**). על יסוד מתודה זו ניפה המומחה מהרשימה את כל המדינות דוברות האנגלית, ספרדית, גרמנית ויפנית, ונותר עם שבע מדינות מאזורי סקנדינביה והגוש הקומוניסטי לשעבר. הוא סבור שהנתונים ממדינות אלה מצביעים על שימוש באחוז השידור של מוסיקה מוגנת במכפלה של מקדם בשיעור 10% בקירוב. לפיכך, ועל אף שמהנתונים בחוות הדעת עולה ששיעור התמלוגים מהתמ"ג בישראל קרוב עד מאוד לממוצע העולמי (כעולה מהנתונים והגרפים בעמ' 29 לחוות הדעת), סבר המומחה שיש מקום לקביעת מתווה תמלוגים שיביא לגביה בשיעור גבוה באופן משמעותי.

המומחה טען שאין מקום לקבוע כי הגופים המשדרים ישלמו את התמלוגים על פי אחוז מהרווח, מאחר ו"שורת ההכנסות חשופה פחות למניפולציות" (עמ' 26 לחוות הדעת). בשל החשש ממניפולציות דחה המומחה גם את המודל שהציעו חלק



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

מהנתבעות, ולפיו ייבחן סכום ההכנסות המיוחס למשבצת שידור מסוימת ושיעור השימוש ביצירות המוגנות באותה משבצת שידור (עמ' 41 לחוות הדעת). החשש למניפולציות חזר ונשנה גם בנוגע להפחתת עמלות הפרסום. המומחה ציין כי המונח "עמלות פרסום" מפורש לכאורה בצורה רחבה ביותר על ידי הגופים המשדרים, ועשוי לכלול מגוון רחב ביותר של הוצאות להן יטענו תחנות הרדיו האזוריות (עמ' 44 לחוות הדעת). הוא טען שבמרבית מדינות המדגם לא ניתן לקזז עמלות פרסום לפי הנתונים שנמסרו לו (עמ' 45 לחוות הדעת). עוד טען המומחה שאין מקום לחישוב נפרד לשעות הלילה, והדבר אינו מקובל במדינות העולם, למעט פינלנד (עמ' 42 לחוות הדעת). אשר לניכוי זמן הפרסומות מכלל השידורים, הצדיק המומחה דרך פעולה זו בכך שאקו"ם אינה מנהלת את הזכויות בפרסומות ואינה גובה תמלוגים בגין יצירות מוגנות המשולבות בשידורי הפרסומות; וכן בטענה כי על החישוב להתבסס על משך השימוש ביצירות מוגנות ביחס לכלל התוכן שמשדרת התחנה (עמ' 46 לחוות הדעת). הוא עמד על כך שאם היתה בנמצא תחנה המשדרת רק מוסיקה ופרסומות, היתה התוצאה הלכאורית שתחנה זו משדרת רק 85% מוסיקה (בשל העובדה שהפרסומות מפרנסות 15% מזמן השידור). במקרה תיאורטי זה לא ניתן היה לחלוק על כך שכל ההכנסה מהפרסומות נובעת ממוסיקה. על אף זאת היתה תחנה מעין זו מחוייבת לשלם לכל היותר על בסיס 85% מזמן השידור הכולל, בשל חלוקת זמן השימוש בפועל במוסיקה (85%) ל-24 שעות היממה. המומחה סייג את קביעתו באמירה לפיה לא ידוע לו על מקום כלשהו בעולם המנכה את זמן הפרסומות מזמן השידור הכולל בעת ביצוע חישוב המבוסס על מודל הפרו ראטה (עמ' 46 לחוות הדעת).

ג. טיעוני הנתבעות

30. קודם לדיון בטיעונים לגופם, טענו הנתבעות שלא עלה בידי התובעת לבסס בראיות אף לא אחד מטיעוניה ודי בכך כדי לדחות את התביעה.

הנתבעות הוסיפו וטענו כי אין לשעות לטענת התובעת לפיה הבחירה במתווה החדש נועדה לשרת את היוצרים הישראליים שאינם זוכים לתמלוגים ראויים, וכי עניינה ברצון לקדם את היצירה בישראל או להוות תחליף לרגולציה של חלוקת תקציבים בישראל. לעניין זה מציינות הנתבעות כי גם מעדויות התובעת עולה שלמעלה מ-50% מהסכומים שהתובעת גובה מהגופים המשדרים עובר לידי האגודות האחיות בחו"ל עבור השימוש בזכויות היוצרים של יוצרים מחו"ל. מכאן שהגדלת עוגת התמלוגים לא תשמש רק, ואף לא בעיקר, להגדלת רווחתם של האמנים הישראליים.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

לכך יש להוסיף את העובדה, העולה בבירור מהנתונים שהציג שלם בחוות-דעתו, לפיה הגדלת סכום התמלוגים המשולם לתובעת יביא בעיקרו של דבר להגדלה משמעותית בהכנסותיהם של אותם אמנים הזוכים גם היום לתמלוגים בסכומים גבוהים ביותר. מהנתונים שהציגה הנתבעת עולה כי רוב רובן של ההכנסות משולמות לידיהם של קבוצה מצומצמת של אמנים, ששיריהם מושמעים תדירות מעל גלי האתר. כפי שיובהר על מקומו, נראה כי המתווה החדש יביא להגדלה משמעותית בתשלום לאמנים הזוכים גם כיום לתשלום גבוה עבור השמעת יצירותיהם. ביחס לרוב מוחלט כמעט של האמנים בישראל יביא המודל החדש לעליה מתונה ביותר בהכנסות במונחים כספיים, כאשר בד בבד הוא יגרור הפחתה משמעותית בהשמעת יצירותיהם של אמנים אלה.

על כל אלה מוסיפות הנתבעות וטוענות שבפועל רבים מהיוצרים הישראלים פונים ומבקשים כי יצירותיהם יושמעו ברדיו האזורי מתוך תקווה שההשמעות יקדמו את מכירת הכרטיסים להופעותיהם. מכאן שיש להשמעה תועלת ישירה לאמנים הישראלים, בשונה מהאמנים מעבר לים שזוכים לחלק הגדול יותר של התמלוגים המשולם לאקו"ם. לפיכך טוענות הנתבעות כי אין כל בסיס לטענות אקו"ם המבקשות להלביש את התביעה בלבוש המקדם את זכויות כלל היוצרים בישראל.

31. לגוף העניין טוענות הנתבעות, בין היתר, כי התוצאה האמיתית של המתווים הישן והחדש היא שותפות של התובעת בהכנסות התחנה, וזאת ללא כל שותפות שלה בהוצאות התחנה או בסיכונים הכלכליים שכל תחנה נוטלת על עצמה. בוודאי שאין כל הצדקה לתוצאה לפיה תהנה התובעת מההכנסות – ללא ניכוי ההוצאות – כאשר אין היא חשופה לתוצאה לפיה תישא גם בהפסדים.

הנתבעות מוסיפות וטוענות שאין כל שוני בין שידור מוסיקה לבין שידור תוכן אחר, וכשם שלשדרנים משולם תשלום קבוע יש מקום להחיל מתווה דומה גם על השימוש במוסיקה.

עוד טענו הנתבעות שאף אם היה מקום להחלת מתווה המחייב תשלום כאחוז מההכנסה – והן כופרות בכך – אין כל בסיס להכפלת ההכנסות במקדם בשיעור של 10% דווקא. ככל שהמקדם נלמד ממקדם ההכפלה ההיסטורי שהיה נהוג לפני 200



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

שנה בהצגות תיאטרון ובמופעי בלט, הרי ששיעור מקדם הכפלה זה לא בוסס מעולם מבחינה כלכלית ולא הוצג כל רציונל התומך בו. אשר למקורות אליהם הפנה המומחה מטעם התובעת, טענו הנתבעות שאלה אינם מבססים את הנתבעות. גם באותם מקורות בהם נטען למקדם הכפלה של 10%, שולם הסכום המתקבל ממכפלת המקדם בהכנסות **לכל בעלי זכויות היוצרים גם יחד**. בהקשר זה יש להבהיר כי אין חולק שבכל יצירה מוגנת יתכנו מספר בעלי זכויות, ובהם המלחין, מחבר המילים, המעבד המוסיקלי והמו"ל (פסקה 36 לחוות דעת שלם). הנתבעות טענו כי מלבד התשלום לאקו"ם הן נדרשות לשלם לגופים נוספים המייצגים יוצרים, מבצעים ומפיקים ובעלי זכויות אחרים. בין אלה הזכירו את הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות (להלן: **הפדרציה**), "אשכולות – החברה לזכויות מבצעים של אמני ישראל", "עילם – עמותה ישראלית לזכויות מוסיקאים ומבצעים" ו"פ"ל – ארגון המוסיקה המזרחית". הנתבעות טוענות כי גם אם היה בסיס כלשהו לתשלום על בסיס מקדם הכפלה של 10%, הרי שהתוצאה ממכפלת המקדם בהכנסה היא הסכום שיש לשלם לכל בעלי הזכויות גם יחד. לפיכך זכאית התובעת לכל היותר לחלק יחסי ממנו, מאחר שיתר בעלי הזכויות זכאים אף הם לחלקיהם. מאחר שהתובעת לא הוכיחה בכל דרך שהיא מה היקף זכויותיה היחסי בכלל זכויות היוצרים הרלוונטיות, הרי שבאדין שאין לקבל את הטענה לפיה חישוב התשלום שישולם לה אמור להתבסס על מלוא הסכום שמתקבל ממכפלת הכנסות במקדם של 10%.

הנתבעות התבססו על קיומם של גופים נוספים המנהלים זכויות יוצרים גם כדי לחתור תחת עצם הצידוק למתווה המוצע. הן טענו כי הגופים המייצגים את בעלי הזכויות האחרים, שנזכרו לעיל, דורשים ככלל סכומים קבועים עבור השימוש ברפרטואר המוגן שהזכויות בו מוקנות להם ולא תשלום המהווה אחוז מהכנסת התחנה. לשיטתן, אין מקום להחלת מתווה תמלוגים שונה בעניינה של אקו"ם.

32. רבות מהנתבעות טענו כי הן בגדר "רדיו מלל", כאשר המוסיקה מהווה אך מעין תבלין לשידורי המלל שתופסים את חלק הארי של זמן השידור במהלך היום. לטענתן, בחינה מפוקחת של התשואה הכלכלית הנובעת מהשימוש במוסיקה בשידוריהן, מעלה כי דווקא בשעות שבהן מושמעות תכניות מלל שידור ההאזנה גבוה וכפועל יוצא מכך אחוז הפרסומות הרווחיות גבוה. השעות בהן משודרת מוסיקה הן שעות שההאזנה להן נמוכה והן משיאות תשואה כלכלית מופחתת. לפיכך אין מקום לבחון את שיעור השמעת המוסיקה על פני היממה כולה ולהכפילו בשיעור ההכנסות על פני היממה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

כולה, שכן חישוב מעין זה מעוות את הראייה הכלכלית הריאלית של הכנסות התחנה, הנובעות רובן ככולן מתכניות המלל המשודרות בשעות שיא ההאזנה. לחלופין, טענו הנתבעות שיש מקום לקביעת נוסחה שונה לחלוטין לחישוב התמלוגים בהם יחויבו תחנות מוטות מלל.

33. חלק מהתחנות העלו טענות לפיהן יש להעניק משקל לנתונייהן החריגים, ובכלל זה להכנסה מועטת בשל מיקום גיאוגרפי; להוצאות מוגברות בשל הצורך למצוא פתרונות יקרים לשידור כתוצאה ממיקום באיזור טופוגרפי וגיאוגרפי חריג או בשל אילוצים ביטחוניים והפרעות לשידור מצד מדינות אויב שכנות; ולחוג מאזינים מחתך סוציאקונומי נמוך הגורם להכנסות נמוכות במיוחד מפרסומות.

34. הנתבעות טענו שאין כל מקום להפחתת עמלות הפרסום מ-30% ל-15%. לטענתן, היה מקום להגדיל את ההפחתה בגין עמלות הפרסום. זאת, בשל השוני במציאות בעשורים האחרונים, שהביא לכך שנתח משמעותי ביותר מהיקף הפרסומות עבר מהרדיו לאינטרנט. מגמה זו גרמה לא רק להפחתה ניכרת בהכנסותיהם של הגופים המשדרים. הירידה באטרקטיביות של פרסום ברדיו, יחד עם התחרות העזה על המפרסמים הפוטנציאליים שנוטים לפנות לפלטפורמות מדיה אחרות, הביאו לעליה משמעותית בעמלות הפרסום הנצרכות להשגת מפרסמים. לכן הן סבורות שאין כלל מקום להגבלת הניכוי בגין עמלות פרסום, ויש לנכותן לפי ההוצאה בפועל. עוד טענו הנתבעות בהקשר לעמלות הפרסום כי יש להניח שאם התובעת הסכימה בעבר לניכוי של 30%, כאשר כוחה המונופוליסטי היה בשיאו, הרי שהסכמה זו לא הרעה את מצבה ומכאן שמדובר באחוז הפחתה שהוא סביר על פניו. לפיכך אין מקום להפחתה שנכללה במתווה החדש.

35. אשר לשינוי המתווה בנוגע לחיוב בשעות הלילה, טענו הנתבעות כי המתווה הקודם נתן מענה, ולו חלקי, לתופעה לפיה שיעור ההאזנה בשעות הלילה נמוך ביותר ושיעור ההכנסות בגינן אפסי. הנתבעות טענו כי הן משדרות בשעות הלילה רק בשל העובדה שהן מחויבות לעשות כן על ידי הרגולטור, ושידורים אלה אינם מניבים הכנסה כלשהי. חלקן הבהירו שכתוצאה מהחלת המתווה החדש הפסיקו לשדר מוסיקה בשעות הלילה והן משדרות תכניות מלל בשידורים חוזרים. בכך הפחיתו את אחוז השימוש ביצירות המוגנות על פני היממה. הן עמדו על כך שדרך פעולה זו, שרבים מנושאי התפקידים



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

בנתבעות העידו שבכוונתם לנקוט בה בעתיד אם יוחל המתווה החדש, תפגע בתרומה התרבותית החיובית של שידורי המוסיקה.

36. הנתבעות סבורות שאין כל מקום לניכוי הפרסומות מסך השידורים. הן הצביעו על כך שהיוצרים זוכים לתשלום ישיר עבור השימוש במוסיקה מוגנת בפרסומות. הוצאת הפרסומות מסך שעות שידור תביא לכך שבעלי הזכויות יזכו לתשלום כפול עבור השימוש במוסיקה מוגנת בזמן הפרסומות. זאת בשל העובדה שלתשלום הישיר עבור השימוש במוסיקה בפרסומות יתוסף התשלום העקיף בשל ניכוי הפרסומות מהמכנה שבנוסחת החישוב, דבר שיגדיל את האחוז היחסי של המוסיקה עבורה משולם תמלוג. הן עמדו על כך שאין כל היגיון בטענה לפיה אין להתחשב בזמן הפרסומות בשל העובדה שמדובר בזמן בו משודרות יצירות שאינן מצריכות את הגנת אקו"ם. על פי היגיון זה, יש לנכות מהמכנה גם זמנים בו תשודר מוסיקה קלאסית או כל יצירה בלתי מוגנת אחרת.

37. לבד מהטענות הרבות בנוגע למודל חישוב התמלוגים, העלו הנתבעות טענות שונות בנוגע לדרישות "טכניות" חדשות שנכללו במתווה החדש, שאינן מוסכמות על הנתבעות כלל ועיקר ושיש בהן כדי לפגוע בזכויותיהן. הן ציינו, בין היתר, כי קיים חשש לזליגת סודות מסחריים של הנתבעות אם יימסרו לאקו"ם נתונים שוטפים על הכנסותיהן, בפרט לנוכח התניה בסעיף 30 להסכם החדש לפיה רשאית אקו"ם לעשות שימוש בנתונים אלה כאשר היא שוטחת את תמונת המצב בפני היוצרים.

דיון

1. על הראיות

38. כפי שהובהר לעיל, הסתמכה התובעת על עדויותיהם של בן דוד, נחום וקינן, ועל חוות דעתו של ד"ר שלם. להלן יובהר כי במהלך החקירות הנגדיות התברר שאף לא אחד מהעדים היה מעורב בגיבוש המתווה הישן או המתווה החדש. ממילא כל הטענות העובדתיות שהעלו במסגרת תצהיריהם בנוגע לדרך בה עוצבו המתווים אינן אלא בגדר עדויות שמיעה, וכל טענה המבקשת לתמוך בהגיונם של ההסדרים אינה אלא בגדר עדות סברה. קבילותן של כל אלה מוטלת בספק ומשקלן אפסי ביותר.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

39. כשנשאל **בן דוד** על הדרך בה נבנה המתווה המקורי, השיב כי החישוב על בסיס 10% מאחוז ההשמעה הוא "הבסיס אצלנו אני יכול להעיד 30 שנה לפחות, ואני יודע שקודמיי בתפקיד שעשו איתי חפיפה אמרו לי שזה מאז ומתמיד, זה הבסיס לכל ההסכמים" (עמ' 53 לפרוטוקול, שורות 7-9). מעדותו עלה כי מבחינתו כך היה מאז ומתמיד וכי הוא לא היה מעורב בעיצוב המתווה הישן.

משנשאל **בן דוד** כיצד פעלה התובעת לגיבוש המתווה החדש, השיב כי הוא יודע באופן כללי שגוייסו מומחים כלכליים והבהיר כי "בהתחלה זה היה ד"ר סדן" (עמ' 54 לפרוטוקול, שורות 21-25). הוא השיב כי אותו ד"ר סדן נשכר על ידי אקו"ם "ככלכלן מומחה כדי שיציב לנו את מדינות המדגם הרלוונטיות לנושא הזה" ובכלל זה למודל שיחול על תחנות הרדיו (עמ' 55 לפרוטוקול, שורות 1-6). הוא אישר שבבניית המודל החדש לא הסתמכה התובעת על חוות דעתו של ד"ר שלם, ששירותיו נשכרו על ידה רק בשנת 2018, אלא על הפרסום של סחפנס, על 30 שנות קיומו של המודל ועל חוות דעת שערך ד"ר שמחה סדן (עמ' 142 לפרוטוקול, שורה 17 – עמ' 143 לפרוטוקול, שורה 1). יחד עם זאת טען **בן דוד** כי לא העיון בפרסום של סחפנס הוא שהביא לבניית מודל התמלוגים החדש (לשאלה זו השיב "ממש לא" – עמ' 68 לפרוטוקול, שורות 8-10). מכל מקום, מעדותו עלה שהוא עצמו לא השתתף בגיבוש המתווה החדש.

מכאן שאין בעדותו של **בן דוד** כדי לשפוך אור לא על הדרך בה התנהלו הדברים בעת שגובש המתווה הישן, ולא על השיקולים שהנחו את אקו"ם עת שגיבשה את המתווה החדש.

עוד יש לציין כי מעדות **בן דוד** עולה שאחד משלושת הנדבכים בעיצוב המתווה החדש היה חוות הדעת שערך ד"ר סדן. כפי שיובהר להלן, חוות דעתו של ד"ר שמחה סדן הוסתרה מהנתבעות. המסקנה המתבקשת מהסתרת מסמך זה, שמעדות **בן דוד** עולה כי שימש את התובעת בעת גיבוש המתווה החדש, היא שמדובר במסמך שתוכנו היה מזיק לטענות התובעת.

40. תצהירו המקורי של **נחום** סקר בהרחבה את כל השיקולים הכלכליים והאחרים העומדים בבסיס המתווה החדש, וגם תצהירו המתוקן התייחס בהרחבה לחלק משיקולים אלה. בהחלטה מפורטת שניתנה ביום 5.8.19 בעניין קבילות תצהירו של **נחום** נקבע כי כל אותם חלקים של התצהיר העוסקים בעדויות שמיעה, סברה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

ומומחיות – שכלכלו כמחצית מהתצהיר – יימחקו ממנו. באותה עת ניתן היה לסבור כי יתר האמירות בתצהיר שהתייחסו למתווה החדש נשענות על ידיעה אישית של נחום ועל מעורבותו בגיבוש המתווה החדש. במהלך חקירתו הנגדית התברר שלא כך הם פני הדברים:

נחום אישר כי במועדים הרלוונטיים לגיבוש המתווים הישן והחדש לא עבד כלל באקו"ם. הוא החל לעבוד באקו"ם בשנת 2001, לאחר שהמתווה הישן היה כבר בגדר עובדה; פרש מעבודתו בשנת 2007; וחזר לעבוד באקו"ם רק בשנת 2016, שנים מספר לאחר גיבוש המתווה החדש (עמ' 349 לפרוטוקול, שורות 10-25). הוא אישר בחקירתו שאין לו ידיעה אישית לגבי מה שהתרחש באקו"ם בין השנים 2007 ל-2016 (שם, בשורות 26-28). בסופו של דבר השיב נחום לשאלות הממוקדות בעניין מעורבותו בגיבוש המתווים, ואישר במפורש שלא היה מעורב לא ביצירת המתווה הישן ולא בעיצוב המתווה החדש (עמ' 351 לפרוטוקול, שורות 6-9).

41. קינן לא התייחס כלל בתצהירו למתווה הישן או החדש, ואין מחלוקת שלא היה מעורב בגיבושם. תצהירו עסק בחשיבות המוסיקה לשידורי הרדיו – עניין שאינו שנוי במחלוקת – ובדרך בה מתנהלים חלק מגופי התקשורת בכל הנוגע לשיבוץ קטעים מוסיקליים בתכניות.

42. המסקנה מכל אלה היא שהתובעת הביאה לעדות שלושה עדים עובדתיים שאף לא אחד מהם היה מעורב בגיבוש או בעיצוב תכניהם של המתווים הישן או החדש. ממילא לא הוצגה לפני בית המשפט ראיה קבילה הנוגעת לדרך גיבוש מתווים אלה, לשיקולים ששקלה התובעת בטרם החליטה על מבנה המתווה שיחול מכאן ואילך ועל השיקולים שהנחו אותה כאשר החליטה לשנות את המתווה הישן באופן רדיקאלי למדי, וליצור מתווה חדש שמביא לתוצאה ממוצעת לפיה ישלמו גופי השידור סכום העולה פי שלושה על הסכום ששילמו במסגרת המתווה הישן. להתנהלות מעין זו נודע משקל ראייתי לא מבוטל. היא "מקימה למעשה חזקה שבעובדה, הנוצחה בהיגיון ובניסיון חיים, לפיה דין ההימנעות כדין הודאה בכך שלו הובאה אותה ראיה, היא הייתה פועלת לחובת הנמנע ותומכת בגרסת היריב" (ע"א 9656/05 שוורץ נ' רמנוף חברה לסחר וציוד בניה בע"מ, מיום 27.7.2008, בפסקה 26 לפסק-הדין; על הלכה זו ודומותיה חזר בית המשפט העליון פעמים אין ספור: ראו לדוגמה ע"א 8951/10 אורן יורם אריזות בע"מ נ' שקולניק ח.י. בע"מ, מיום 2.11.14, בפסקה 15 לפסק-הדין;



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

ע"א 8661/12 מ. מזוז (1990) בע"מ נ' מדינת ישראל – משרד הבטחון, מיום 24.11.14, בפסקה 27 לפסק-הדין; רע"א 4047/18 פלונית נ' המרכז הרפואי ת"א ע"ש סוראסקי, מיום 6.11.18, בפסקה 9 להחלטה). בשל דרך התנהלות התובעת לא עומדת לפני בית המשפט ולו תשתית עובדתית מינימלית בנוגע לדרך קבלת ההחלטות הנוגעות לעיצוב המתווים. העדים הרלוונטיים לא נקראו למתן עדות, ויש לפיכך להניח כי לו היו מוזמנים – היתה עדותם פועלת לחובת התובעת וגורמת לפגיעה של ממש בטענות הנוגעות למתווה החדש. במצב דברים מעין זה אין כל מקום לנסות ולשער מה היו השיקולים שעמדו בבסיס אימוץ המתווים, כאשר התובעת עצמה נמנעת במופגן מלהביא את העדים שהיו שותפים בגיבוש והתוויית הדרך לבניית מתווה התמלוגים החדש.

43. במאמר מוסגר אעיר שאין מקום לטענות התובעת בסיכומיה לפיהן תוכן ההסכמים אליהם הגיעה עד לעיצוב המתווה החדש – הסכמים שהושתתו על המתווה הישן – נכפה עליה בשל חולשתה היחסית מול תחנות השידור ובשל העובדה שהממונה ריסן את כוחה בהחלטותיו באופן שלא אפשר לה לנהל משא ומתן חופשי מול תחנות השידור. טענה זו אינה עולה בקנה אחד עם השתלשלות המאורעות:

כפי שצוין בפתח הדברים, הגישה התובעת בשנת 1999 תובענה לבית המשפט המחוזי בבאר שבע כנגד הנתבעת 13 (עניין גלי דרום). בפסק הדין שניתן בתובענה ביום 7.1.2001 ניתן צו מניעה האוסר על הנתבעת 13 לעשות שימוש ביצירות המוגנות מרפרטואר אקו"ם. הנתבעת 13 הגישה ערעור על פסק הדין לבית המשפט העליון. אלא שבעוד שערעור זה היה תלוי ועומד הגיעה להסכם עם אקו"ם. הסכם זה נחתם ביום 12.9.2002 (נספח ד' לתצהיר הנתבעת 13). עיון בהסכם זה מעלה שהוא מבוסס על המתווה הישן של אקו"ם. מכאן שמתווה זה היה שימש את אקו"ם כבר בשנת 2002, שנתיים לפני החלטתו הראשונה של הממונה שהגבילה את כוחה. לאמיתו של דבר, הסכם זה נחתם כאשר אקו"ם – שאין מחלוקת שהיתה מאז ומתמיד "מונופול טבעי" – היתה בשיא כוחה המונופוליסטי וניהלה את המשא ומתן כאשר באמתחתה צו מניעה שהוצא על ידי בית המשפט. החלטתו של בית המשפט המחוזי בעניין זה היוותה, ללא ספק, קלף מיקוח משמעותי ביותר בניהול המשא ומתן. מכאן שגם באותו מועד שכוחה המונופוליסטי של אקו"ם לא הוגבל כלל ועיקר, ועמד לזכותה צו מניעה של בית משפט מוסמך, מצאה אקו"ם לנכון להגיע להסכמה המושתתת באופן מלא על המתווה הישן.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

המסקנה היא שהמתווה הישן לא נבע או הושפע מריסונה של אקו"ם או ממצוקתה ביחסים בינה לבין תאגידי השידור. לאלה נודעה משמעות, אם בכלל, רק לאחר החלטת הממונה. מכאן שעל פני הדברים המתווה הישן אינו משקף מודל תמלוגים בלתי סביר מנקודת מבטה של אקו"ם.

44. מאחר שהתברר שהעדים מטעם אקו"ם אינם יכולים להעיד מכלי ראשון על דרך יצירתו של המתווה החדש, ומאחר שעדותם בנוגע להיגיון שבבסיס הוראותיו אינה אלא בגדר עדות סברה מובהקת בעניינים שבמומחיות שאין לשעות לה, כל שנותר לתמיכה בטענת אקו"ם הוא חוות דעתו של המומחה מטעמה, הכלכלן ד"ר שלם. אלא שלאחר עדותו התברר שלא ניתן להעניק משקל של ממש לחוות דעת זו לצורך ההכרעה בסוגיות שבמחלוקת, ובוודאי שלא ניתן להתבסס עליה לצורך קביעת המתווה הראוי, כעתירת התובעת בסיכומיה.

45. תחילה יש להבהיר כי המומחה אישר בעדותו שלא התבקש על ידי אקו"ם לבדוק מה מודל התמלוגים הראוי והסביר. כל שהתבקש הוא לאשר ולהתייחס בחוות דעתו למודל שיצרה אקו"ם ולבדוק אם הוא ראוי. בהקשר זה השיב המומחה כי על פי הבנתו אקו"ם אינה צריכה להציע את המודל ההוגן והסביר ביותר "אלא צריך שהרישיון שלה יהיה הוגן וסביר", והוא התבקש לעסוק רק במודל שהוצג לפניו (עמ' 288 לפרוטוקול, שורה 27 – עמ' 289 לפרוטוקול, שורה 28). בכך אין כדי לפסול את האמור בחוות הדעת. אלא שמטבע הדברים חוות דעת העוסקת אך במתווה קיים אינה בוחנת את התמונה המלאה, ואין בה כדי לתת מענה לסוגיות רלוונטיות נוספות שניתן היה להתייחס אליהן בהקשר זה במסגרת חוות דעת מקצועית.

המעט שניתן לומר הוא כי שעה שמדובר בחוות דעת המציגה אך תמונה חלקית לפני בית המשפט, לא ניתן להתבסס עליה ככזו המעמידה לפני בית המשפט תשתית מתאימה לקביעה "המודל הראוי" לתמלוגים.

46. הפגם המשמעותי בחוות דעתו של ד"ר שלם נוגע לכך שזו הסתמכה על מסמכים שלא הועברו לנתבעות ולא הוצגו לפני המומחה מטעם הנתבעות. למעשה אין אלא לומר



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

שמסמכים אלה הוסתרו מהנתבעות באופן הפוגע פגיעה קשה הן במשקל שניתן לייחס לחוות דעתו של שלם ולטיעונו בפרט והן למשקל שניתן לייחס לטיעונו התובעת ככלל.

בהקשר זה יש להבהיר כי במהלך ניהול התובענה ניתנו מספר החלטות בנוגע לחובה המוטלת על התובעת לחשוף בפני הנתבעות את המסמכים שעמדו לפני המומחה מטעמה. כך נקבע בהחלטה מיום 7.2.19 כי "ככל שיתברר שחוות הדעת מושתתת על מסמכים שלא הוצגו לפני הצדדים האחרים ולא ניתנה להם האפשרות להתמודד עימם, לא ניתן יהיה להעניק משקל לטענות המתבססות על אותם מסמכים עלומים". בהחלטה מיום 4.4.19 נקבע, בנוגע לבקשת הנתבעות לפיה תעביר להם אקו"ם את כל המסמכים שעמדו לפני המומחה מטעמה, כי בשל העובדה שהמומחה לא פרט את כל המסמכים בחוות דעתו ומאחר שלנתבעות עומדת הזכות לקבל את כל המסמכים שעמדו לפני המומחה מטעם התובעת, תפרט אקו"ם בתצהיר אילו מסמכים עמדו לפני המומחה מטעמה, ולחלופין תשלח "העתק מדויק מנספחי כל פנייה שנעשתה למומחה" (פסקה 11 להחלטה). לנוכח טענות חוזרות ונשנות של הנתבעות על כך שלא הועבר לידיהן מידע מלא אודות התיעוד שעמד לפני המומחה מטעם התובעת, ולא נמסר להן העתק ממסמכים אלה, נקבע בהחלטה מיום 12.6.19 כי אם יתברר שהתובעת לא העבירה לנתבעות העתק ממלוא החומר שעמד לפני המומחה מטעמה, עלול הדבר להביא לפסילת חוות דעתו".

על אף החלטות ברורות אלה, התברר שהתובעת הסתירה מהנתבעות מסמכים שעמדו לפני המומחה מטעמה. ראש וראשונה לאלה היא חוות דעתו של ד"ר שמחה סדן, שבמהלך החקירות הנגדיות התברר כי עמדה לפני ד"ר שלם אך הוסתרה מהנתבעות. כפי שהובהר לעיל, השיב בן דוד בחקירתו הנגדית כי בגיבוש המתווה החדש הסתמכה אקו"ם, בין היתר, על חוות דעתו של ד"ר סדן. ממילא יש להניח כי מדובר במסמך שהוא רלוונטי ביותר למחלוקת שבין הצדדים. על אף זאת לא גולתה חוות הדעת לנתבעות ולא נמסרה לעיון. למותר לציין כי בשל אי גילוייה על ידי התובעת לא נטען מעולם כי חל עליה חיסיון, טענה שהועלתה לראשונה – ובשפה רפה – במהלך הסיכומים בעל-פה. כידוע, על בעל דין מוטלת החובה לגלות כל מסמך, גם כזה לגביו נטענת טענת חיסיון, שאם לא כן – לא יוכל בעל הדין שכנגד לטעון כנגד טענת החיסיון (ראו ע"א 240/73 וילקר נ' טישלר, פ"ד כח(1) 201, 204 (1971)). יש לזכור כי צד שאינו מגלה מסמך המזיק לעניינו, חשוף לסנקציה הקבועה בתקנה 122 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984 שלפיה רשאי בית המשפט למחוק את כתבי טענותיו (ראו



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

רע"א 1690/14 בן אדזה נ' חברת דואר ישראל בע"מ, מיום 10.4.14, בפסקה 7 להחלטה; רע"א 2097/16 מדינת ישראל נ' רופל, מיום 1.1.17, בפסקה 10 להחלטה). במקרה דנא חטאה התובעת באי גילוי המסמך מלכתחילה; וגם לאחר שהתגלה קיומו בחרה התובעת להמשיך ולהסתירו. אף אם בשלב זה אין מקום להורות על מחיקת התביעה בשל דרך התנהלות זו, הרי שהמסקנה המתבקשת ממנה היא שהמסמך הוסתר בכוונת מכוון. להתנהלות מעין זו נודעת משמעות שלילית ממשית "מבחינה ראייתית" על עניינה של התובעת (ראו רע"א 4234/05 בנק המזרחי המאוחד בע"מ נ' פלץ, מיום 14.8.05, בפסקה 6 להחלטה).

47. אך במהלך חקירתו של שלם התברר כי חוות דעתו של ד"ר סדן עמדה לפניו. תחילה ציין שלם כי "מומחה הקודם" מטעם אקו"ם "יש לו את דעתו ולי יש את דעתי" (עמ' 178 לפרוטוקול, שורות 16-17). לשאלות ממוקדות בעניין זה השיב כי הוצגה לפניו על ידי התובעת טיוטה של חוות דעתו של ד"ר סדן, ולמיטב זכרונו מדובר "באיזשהו משהו שהוא כתב לצורך הרדיו" (שם, שורות 21-26). עוד התברר כי נמסרה לעיונו חוות דעת של ד"ר סדן בנוגע להליך שהתנהל בין אקו"ם לבין הוט (עמ' 179 לפרוטוקול, שורות 5-6), וכי הוא עיין במדגם שערך ד"ר סדן בנוגע לאותו הליך (שם, שורות 18-20). בהמשך חקירתו, ועל אף שמתשובותיו הראשונות ניתן היה להבין כי ידוע לו שחוות דעתו שונה מזו של ד"ר סדן ש"יש לו את דעתו ולי יש את דעתי", בחר המומחה להשיב כי אינו זוכר באיזה חלק מחוות דעתו של ד"ר סדן עשה שימוש, אך מדובר בעניין מינורי ביותר (עמ' 282 לפרוטוקול, שורות 1-13).

גם נחום אישר בעדותו כי אקו"ם העבירה לד"ר שלם את עבודתו של ד"ר סדן בנוגע לסוגיה (עמ' 375 לפרוטוקול, שורה 19 – עמ' 376 לפרוטוקול, שורה 3).

המסקנה מכל האמור לעיל היא שלפני המומחה עמדו מסמכים רלוונטיים שלא הועברו לידי הנתבעות על אף ההחלטות החוזרות והנשנות. לא ניתן לקבל את טענת אקו"ם בסיכומיה לפיה מדובר אך בחוות דעת העוסקת בתיק הוט, שעה שהמומחה מטעמה הבהיר שעמדה לפניו חוות דעת שעניינה גם בתחנות הרדיו. בוודאי שלא ניתן לקבל טענה מעין זו לנוכח עדותו של בן דוד, לפיה חוות דעתו של ד"ר סדן היתה אחד הגורמים המשפיעים בגיבוש המתווה החדש מושא התביעה.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

48. הלכה היא כי ככלל על מסמך הנמסר על ידי צד למומחה מטעמו להימסר גם לעיונו של הצד שכנגד, אף אם מדובר במסמך חסוי. לעניין זה נקבע כי "בשכל הישר אין להלום, כי מסמך יהא חלק מתשתיתה של חוות דעת רפואית המהוה עיקר עמדתו של בעל הדין במשפט, אך העניינים הרלבנטיים שבו לא יגולו לבעל הדין שכנגד... לצורך חוות הדעת יכול היה המומחה לקבל ממקאסד [המשיב באותו עניין – ר.ו.] כל מסמך, אך אין בעל הדין (מקאסד) יכול להחסותו שעה ששימש בעליל בהכנת חוות הדעת" (רע"א 4385/04 פרוך נ' בית החולים מוקאסד, מיום 21.8.07, בפסקה ד(6) לפסק-הדין; והשוו רע"א 3670/19 פלוני נ' קרנית, מיום 28.7.19, בפסקה 12 להחלטה). ההחלטות שניתנו במסגרת תובענה זו פסעו בעקבות קביעות אלה, אך על אף האמירות המפורשות בהחלטות התברר כי התובעת נמנעה מלגלות לנתבעות מסמכים רלוונטיים ביותר, שעמדו לפני המומחה מטעמה. דרך פעולה זו פועלת בבירור כנגד התובעת.

49. סיכומם של דברים בעניין זה: הסתרת חוות דעתו של ד"ר סדן מהנתבעות מעידה על כך שתוכנה היה פועל כנגד התובעת. דרך התנהלות התובעת, על אף האמור בהחלטות ששבו ונדרשו לסוגיה זו, מביאה לפגיעה משמעותית ביותר במשקל שניתן להעניק לטיעוני התובעת ככלל ולחוות דעתו של שלם בפרט. זאת, לבד מעצם הפגיעה בזכויותיהם הדיוניות של הנתבעות, הבאה לידי ביטוי הן בכך שלא ניתנה למומחה מטעמן האפשרות להשתית את חוות דעתו על מלוא התיעוד הנדרש והרלוונטי, והן בכך שלא יכולים היו לנהל את חקירתם הנגדית באופן מושכל וראוי בהיעדר מידע מלא או אף מספיק.

50. אם בכך לא די, התברר במהלך שמיעת הראיות כי מסמכים רבים נוספים לא נחשפו לפני הנתבעות. כך, דו"ח שערכה חברת לקסידייל (Lexidale) לבקשת אקו"ם ועבורה, והתייחס לסוגיית המדינות הרלוונטיות למדגם, לא הוצג לפני הנתבעות. ד"ר שלם התייחס לכאורה למסמך זה בחוות דעתו, אולם לא ציין שמדובר במסמך שנערך בהזמנת אקו"ם (עמ' 273 לפרוטוקול, שורות 10-12). בהמשך עדותו השיב שהמסמך שתואר כ"חוות דעת" של לקסידייל ושנשלח לאגודה האחות בהולנד, כלל לא הוצג לפניו (עמ' 277 לפרוטוקול, שורות 2-29). לדבריו, המסמך היחיד של חברת לקסידייל שעמד לפניו הוא זה שהזכיר בחוות דעתו בנוגע לתמיכה הממשלתית ביוצרים (עמ' 278 לפרוטוקול, שורות 1-4). מכאן שדו"חות מקצועיים שהזמינה התובעת, ואולי גם חוות דעת מקצועית נוספת, הוסתרו מהנתבעות וככל הנראה אף לא הועברו למומחה מטעם התובעת. זאת, על אף שלא נטען כי מדובר במסמכים חסויים.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

51. מלבד פגמים דיוניים בולטים אלה, שלהם השפעה שלילית בולטת על הערכת ראיות התובעת והטענות שנשמעו מפיה, התברר כי מסמכים נוספים לא גולו לנתבעות. בהקשר זה יש להבהיר כי התובעת פנתה לאגודות האחריות במדינות שונות מעבר לים וביקשה כי ימציאו לידיה נתונים אודות מתווה התמלוגים הנהוג בארצותיהן. תכתובות אלה גולו לנתבעות, לאחר שעניינן נדון בחלק מהבקשות המקדמיות במסגרת ההליכים בתובענה שלפני. בדיעבד התברר כי חלק מהתכתובות בין התובעת לבין האגודות האחיות לא גולה לנתבעות (ראו לדוגמה נ/8 ו-נ/16), ואף לא נמסר להן המידע אודות מדגם שערך ד"ר סדן, שהתבסס אף הוא על פנייה לאגודות אחיות (עמ' 55 לפרוטוקול, שורות 22-27).

עובדה נוספת שהתלבנה רק במהלך החקירה הנגדית של התובעת נוגעת למידע השגוי שמסרו עדי התובעת בנוגע להסכם שנכרת בין אקו"ם לגלי צה"ל. בתצהירו של בן דוד, שנחתם ביום 2.1.19, נטען כי במסגרת ההסכם בין אקו"ם לגלי צה"ל נקבע כי גלי צה"ל תעביר לתובעת סכום העולה כדי 4.2% מהכנסתה עבור שימוש ביצירות המוגנות בשידורי גלי צה"ל וגלגלי צה"ל (סעיף 74.3 לתצהיר בן דוד). בתמיכה לטענה זו צירף העד את ההסכם הזמני שנחתם בין אקו"ם למשרד הביטחון ביום 29.11.05 (נספח 14 לתצהירו; יוער כי אף שהדבר לא נאמר במפורש בתצהיר, עולה מסעיף 9א) להסכם ששיעור התמלוגים בו נקב העד (4.2% כולל מע"מ). בחקירתו הנגדית של בן דוד עולה כי בעת שנחתם התצהיר שררה כבר הסכמה אחרת. לדבריו, כתוצאה ממחלוקת עם משרד הביטחון הגיעו הצדדים להסכמה לפיה "משלמים תמלוג זמני בגובה של נדמה לי 75% מהתמלוג" (עמ' 85 לפרוטוקול, שורות 2-3). בן דוד אישר כי הסכמה זו שוררת כשנתיים, החל מתחילת שנת 2018. לא ניתן כל הסבר מדוע לא נמסר מידע עדכני זה בתצהיר, שנערך כאמור בתחילת שנת 2019.

52. לבד מהפגמים הנוגעים לאי חשיפת מסמכים רלוונטיים בפני הנתבעות, על המשמעות הראייתית הרבה שיש לייחס להם, עלה מהעדויות שלא ניתן להעניק משקל לנתונים שהציגה התובעת לפני המומחה מטעמה בנוגע למתווי התמלוגים המקובלים בחו"ל.

במסגרת החקירה הנגדית עלה כי פניות שנערכו מטעם אקו"ם לאגודות האחיות בבקשה לקבל נתונים על מודל התמלוגים החל בארצות שמעבר לים, נוסחו באופן



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

המבהיר כי נתונים אלה נצרכים כדי להגן על מודל תמלוגים שיגדיל גם את התמלוגים שישולמו לאותן אגודות אחיות (ראו לדוגמה נ/17). דרך ניסוח זו היה בה כדי להבהיר לאגודות האחיות שיש להן אינטרס במסירת נתונים מסוג מסוים, ויש בה כדי להשליך על המשקל שניתן להעניק לתשלובות אלה. מאחר שאקו"ם נמנעה מלהביא לעדות את מי ששלחה את התכתובות לאגודות האחיות, לא ניתן היה ללמוד מה ההנחיות שקיבלה קודם למשלוח פניות המנוסחות בלשון זו, ומדוע ביקשה אך את המידע שביקשה ולא את מלוא המידע הרלוונטי (דוגמת ההפחתות המותרות מההכנסה המשמשת בסיס לחישוב וההנחות הנוהגות במדינות אלה).

עוד התברר כי אף שהתובעת הסתמכה על מה שנחזה להיות מתווה תמלוגים רשמי של המדינות בהן פועלות האגודות האחיות, הרי שלפחות בחלק מהמדינות שבמדגם נגבים בפועל סכומים שונים בתכלית, בין היתר בשל קיומם של הסדרים ענפיים שעניינם לא נזכר בראיות התובעת (כפי שעולה לדוגמה מ-נ/8 ו-נ/12). למותר לציין שבפניות אקו"ם לאגודות האחיות לא התבקשו אלה להבהיר מה הגביה המבוצעת בפועל והאם הגיעו להסדרים ענפיים. נחום טען בחקירתו שגם אם היה מתבקש נתון זה "שום אגודה לא תיתן לנו מידע" לגבי הסכם שאינו עולה בקנה אחד עם התעריף הרשמי שהיא מפרסמת (עמ' 340 לפרוטוקול, שורות 19-27). הוא ציין כי גם אם אקו"ם היתה נשאלת בנוגע למודל התמלוגים הנהוג בישראל, היתה מוסרת לאגודות האחיות מידע על המתווה החדש, שהוא המתפרסם גם באתר אקו"ם, ולא היתה מוסרת מידע לגבי ההסכמים החלים בפועל (עמ' 341 לפרוטוקול, שורות 1-3).

די בכל האמור לעיל כדי להביא לכלל מסקנה לפיה הניסיון להישען על מידע בנוגע למתווים של תמלוגים במדינות אחרות בעולם נדון לכישלון מראש מהטעם שמתווה החל במדינה אחת אינו בהכרח מתאים למדינה ובה תנאים אחרים; ונכשל כישלון חרוץ בדיעבד מהטעם שהתברר שלא ניתן להסתמך על הנתונים שהוצגו. נתונים אלה הוצגו באופן חלקי בלבד על ידי התובעת, שגם בהקשר זה לא חשפה את מלוא המידע שבידה ולא מסרה את מלוא ההתכתבויות הנוגעות בעניין. המענה שקיבלה התובעת מהאגודות האחיות אין בו כדי להקים תשתית ראייתית מספקת; לא ניתן לבסס קביעה עובדתית כלשהי על תכתובת מייל שאין מאחוריה ראיות מוצקות בנוגע למודל החל בפועל ובנוגע לדרך בה הוא מופעל; התובעת לא ביקשה בפניותיה את הנתונים בנוגע להנחות ולהפחתות במדינות אלה, ולא ניתן לדעת את היקפם (כפי שהבהיר ד"ר



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

פריזט בחוות דעתו); ולא ניתן לדעת אם ועד כמה שונה הגבייה בפועל ממתווה התמלוגים הרשמי בכל מדינה.

המסקנה מכל אלה היא שלא ניתן לבסס קביעה עובדתית כלשהי על הנתונים שביקשה אקו"ם להציג בכל הנוגע למתרחש במדינות הים. ממילא לא ניתן להשתמש בנתונים חסרים מעין אלה כנקודת מוצא להשוואה.

53. למעשה, די בכל האמור לעיל כדי להביא לדחיית התביעה. טענותיה של אקו"ם התבססו על עדות של שלושה עדים ששניים מהם בלבד התיימרו להעיד על העובדות הנוגעות לגיבוש המתווים הישן והחדש, ושניהם גם יחד לא היו מעורבים בגיבוש מתווים אלה. הטענות שהם בגדר עדויות סברה נשענו על חוות דעת מומחה, כאשר אקו"ם לא חשפה בפני הנתבעות את מלוא המסמכים שעמדו לפניו, באופן שיש בו משום פגיעה קשה ביכולת הנתבעות לנהל את הגנתן ובדרך שמפחיתה עד מאוד את המשקל שניתן לייחס לחוות דעתו. כמו כן הוכח שאקו"ם הסתירה מסמכים מהנתבעות, ובכלל זה מסמכים הנחזים להיות בעלי משקל רב, דוגמת חוות דעתו של ד"ר סדן, שבן דוד העיד כי שימשה את התובעת בעת גיבוש המתווה החדש.

המכלול כולו מצביע על כך שמחד גיסא לא הביאה התובעת עדים שיכולים לשפוך אור על התהליכים שהביאו לגיבוש המתווים, ומאידך גיסא, בחרה להסתיר מסמכים מהצד שכנגד באופן המעיד על כך שאלה היו פועלים לרעתה. די בכל אלה כדי לשמוט את הבסיס מתחת לתביעת אקו"ם, ככל שהיא נוגעת לאישור המתווה החדש **כמכלול**, הוא הסעד שהתבקש בכתב התביעה. אף אם אין בכך כדי להעיד על כי רכיב זה או אחר המתווה אינו סביר או ראוי, הרי שההנחה המתבקשת היא כי הסתרת הנתונים בנוגע ליצירת המתווה משמיעה על פסול כלשהו במכלול המוצע.

54. נוכח קביעות אלה, אין צורך להידרש בהרחבה ליתר הטענות. עם זאת, ועל מנת שהיריעה לא תימצא חסרה, וגם בשל האפשרות שייטען כי ניתן לדון בטענות תיאורטיות בעניין סבירותו של המתווה כמכלול (או אולי של חלק מרכיביו כפרט) גם ללא כל ביסוס ראיתי וגם כאשר התובעת מסתירה מסמכים הנוגעים ליצירתו, יידונו להלן חלק מהטענות שהעלו הנתבעות, ולו בקצרה.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

כאמור, לנוכח דרך הניסוח של כתב התביעה, די בכך שאחד מרכיבי המתווה החדש יימצא כלא סביר כדי להביא לדחיית התביעה כולה.

2. רכיבי המתווה המוצע – דיון פרטני

תשלום כנגזרת של הכנסה

55. עוד קודם לדיון באותם רכיבים שנראה כי יש להתעכב עליהם, יש להקדים ולהבהיר כי על פני הדברים יש טעם בטענה לפיה לא ניתן לקבוע כי התמלוגים ישולמו כסכום אחיד וקבוע, ללא כל התחשבות בהכנסות התחנה. החלת מתווה מעין זה אינה מתאימה שעה שמדובר ברכישת רישיון לשימוש בזכויות יוצרים, וזאת משתי סיבות עיקריות:

האחת, והיא העיקר, עניינה בכך שככלל מושפע התשלום עבור השימוש בזכויות היוצרים ממוסיקה ממספר הנחשפים לה. אינו דומה שימוש במוסיקה מוגנת בפני קהל של 100 איש באולם אינטימי, לשימוש באותן יצירות מוגנות עצמן בשידור לקהל של מליוני מאזינים או צופים. מכאן שיש להעניק משקל למספר המאזינים בעת קביעת הסכום לתשלום עבור השימוש ביצירות.

ההנחה לפיה ריבוי המאזינים אמור להתרגם לתשלום גבוה יותר עבור השימוש ביצירות המוגנות אינה מנותקת מהמציאות הכלכלית. היא עולה בקנה אחד עם תפיסת הנתבעות עצמן לפיה ריבוי המאזינים הוא הכלי לצמיחה כלכלית. כך הבהיר ד"ר פריזט, המומחה מטעם הנתבעות, כי הכנסות התחנות הנתבעות נובעות "מזה שמוכרים את האוזניים של המאזינים" (עמ' 529 לפרוטוקול, שורות 13-16). שאיפת תחנות השידור היא להגדיל את מספר המאזינים. ככל שזו תתורגם לשפת המעשה, יעלה בידן להשיג מפרסמים רבים יותר. מאחר שמשיכת המאזינים היא אינטרס כלכלי ראשון במעלה של הנתבעות, הרי שניתן למצוא קשר כלכלי ישיר בין ריבוי המאזינים לריבוי ההכנסות. ריבוי ההכנסות מעיד על ריבוי מאזינים שעשויים להיחשף לפרסומות (שהן מקור ההכנסות), ומצדיק לפיכך תשלום גבוה יותר. הצדקה כלכלית זו חלה במלוא עוזה בתחנות שהן "תחנות מוסיקה", בהן הקשר בין השימוש ברפרטואר המוגן להכנסות הוא מובהק ביותר. היא חלה באופן מובהק מעט פחות בתחנות מוטות מלל, על אף שנראה כי אין מחלוקת שגם שידוריהן של אלה אינם יכולים להיות נטולי מוסיקה כליל (לו לא כך היו פני הדברים, לא היו מתנגדות תחנות הרדיו מוטות המלל למתן צו מניעה האוסר על שימוש במוסיקה המוגנת).





בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

בהקשר זה ניתן גם להזכיר כי מאותם נתונים שמסרו הנתבעות בנוגע לתשלומיהן לפדרציה עולה כי גם תשלומים אלה שונים באופן בולט בין תחנה לתחנה, נובעים מניהול משא ומתן הנשען גם על היקף הכנסות הנתבעות, ומשקפים את כוחה הכלכלי היחסי של כל תחנה.

השניה עניינה בשיקולים ערכיים משולבים של זילות השימוש במוסיקה וקידום השוויון בין התחנות. קביעת "מחיר" כספי זהה ואחיד לרישיון לשימוש ברפרטואר המוגן תגרום לאי שוויון בולט בין התחנות השונות. תחנות שהכנסותיהן מועטות יתקשו עד מאוד לעמוד בתשלום סכום מעין זה והשימוש במוסיקה יהפוך לסוגיה המקשה על קיומן הכלכלי. מנגד, תחנות שהכנסתן גדולה ישלמו סכום שהוא זניח ביותר יחסית להכנסותיהן וזעום ממש ביחס להוצאות שהן מוציאות על שדרנים מסויימים (המכונים "טאלנטיים"). הן ימצאו כי המוסיקה היא תשומה שהשימוש בה כרוך בעלויות שוליות ביותר. החשש הוא כי היחס למוסיקה, שאין חולק על חשיבותה התרבותית, עלול אף הוא להיות מושפע לרעה כתוצאה מהתייחסות זו.

עוד יש לציין כי על פני הדברים נוטות תחנות מרובות הכנסות להעסיק שדרנים בתשלום גבוה לאין ערוך מזה המשולם על ידי התחנות שהכנסתן נמוכה. תופעה זו אינה נובעת אך מהעובדה כי לרשותן הכנסה גבוהה יותר. היא פועל יוצא של הצורך למשוך קהל מאזינים רב ומגוון יותר, ובאמצעות החשיפה הרחבה – להביא לכך שיעלה בידן להשיג מפרסמים שישלמו סכומים גבוהים יותר לפרסומות. הסכומים שישלמו המפרסמים יושקעו בשכירת שירותי שדרנים מהשורה הראשונה, וחוזר חלילה. מכל מקום, ברי כי תחנות מרובות הכנסה משקיעות בתכנים המשודרים סכומים הגבוהים פי כמה מאלה של תחנות מעוטות הכנסה, וזאת בשל עצם רצונן להיוותר כאלה. שידור מוסיקה מהווה תחליף לשימוש בשדרנים, בפרט בשעות בהן המוסיקה היא עיקר השידור. הן שמירה על ערכה התרבותי של המוסיקה והן שמירה על עקרון השוויון היחסי בין התחנות מביאות לפיכך למסקנה אפשרית כי גם בנוגע לשימוש בזכויות היוצרים במוסיקה המוגנת, המהווה תוכן שידורי חלופי שנעשה בו שימוש נרחב יחסית, על התחנות מרובות הכנסות לשלם סכום גבוה יותר מזה שמשלמות התחנות מעוטות ההכנסות.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

56. קביעה עקרונית זו, לפיה התמלוגים המשולמים אמורים להיות מושפעים ממספר המאזינים הנחשף לשידור וממילא מהיקף ההכנסות של התחנה המשדרת, אינה משמיעה את המסקנה לפיה הדרך לחישוב התמלוג היא זו בה בחרה התובעת. לתוצאה דומה ניתן להגיע, דרך משל, גם בדרך של חיוב כל תחנה לשלם אחוז קבוע מהכנסותיה, ללא בדיקה רציפה של אחוז המוסיקה המוגנת המשודרת בכל יום וללא הכפלה במקדם זה או אחר. מתווה אפשרי מעין זה הוא פשוט ויעיל לאין ערוך מזה שמציעה התובעת. ניתן לחשוב גם על מתווים אפשריים אחרים שיביאו לביטוי את מספר המאזינים והיקף ההכנסות.

רכיבי המתווה – דיון

57. כפי שהובהר לעיל, אקו"ם סבורה כי מתווה תמלוגים סביר וראוי חייב להתבסס על אחוז השימוש בפועל במוסיקה המוגנת כשהוא מוכפל במקדם של 10% (מודל הפרו ראטה 10%). מאחר שמודל הפרו ראטה 10% עמד הן בבסיס המתווה הישן והן בבסיס המתווה החדש, נראה כי יש לפתוח את הדיון בסוגיה זו. כפי שיובהר להלן, לא עלה בידי אקו"ם לבסס את הטענה בדבר תקפות שיעור המכפיל המבוקש, העומד בבסיס המתווה. ממילא נשמטה הקרקע מתחת למודל המוצע על ידה.

א. מקדם ההכפלה של 10%

58. מרכיב בסיסי בנוסחת אקו"ם הוא שיעור מקדם ההכפלה. על פי המתווה המוצע, לאחר שיימצא מה שיעור השמעת היצירות המוגנות מתוך סך השידורים שמשדרת התחנה, יש להכפיל את הנתון המתקבל ב-10%. לא ניתן כל הסבר מתקבל על הדעת לשאלה מדוע יש להכפיל את אחוז השימוש במוסיקה דווקא במקדם הכפלה של 10%, ולא, על דרך המשל, במקדם של 2%, 5%, 15% או כל מספר אחר. אקו"ם טענה שמדובר במקדם המקובל בתחום זה למעלה ממאה שנים, והמומחה מטעמה הסתמך לעניין זה גם על חיבורים שנערכו בנושא, משל עצם הזכרת מספר זה בחיבור כלשהו מוכיחה כי הוא מקדם ההכפלה הראוי, המתבקש או הסביר מבחינה כלכלית.

59. הראיות שהביאה אקו"ם בעניין שיעור המקדם אין בהן ממש, והן נעדרות כל משקל בכל הנוגע לביסוס הטענה לפיה יש לעשות שימוש במקדם של 10%. כך, אין להעניק משקל של ממש לעובדה שמחבר זה או אחר טוען כי יש להכפיל את אחוז המוסיקה המוגנת המושמע במקדם של 10%. סוגיה מעין זו היא סוגיה בעלת משמעות כלכלית



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

משמעותית ויש לבססה באמצעות ראיות המצביעות על תקפותה והגיונה הכלכליים. לא ניתן להרים את נטל ההוכחה בעניין זה על ידי טענה לפיה כך מקובל בעולם, טענה שכפי שיובהר להלן - כלל לא הוכחה בראיות קבילות.

60. כפי שזכר לעיל, טען ד"ר שלם כי מפרסומו של אוכטנהגן עולה כי במתווה לקביעת תמלוגים עבור שימוש במוסיקה מוגנת מקובל לעשות שימוש במקדם הכפלה של 10%. כן הסתמך שלם לעניין זה על הנאמר בפרסום של סחפנס; ועל מסקנתו מהנתונים החלקיים שהוצגו בנוגע למדינות המדגם שבחר. להלן יובהר שאף לא אחד מאלה מבסס את הטענה הנוגעת לשיעור המקדם הראוי.

61. לא ניתן לבסס מסקנה כלשהי על האמור בפרסום של אוכטנהגן. המחקר שפרסם אוכטנהגן התבסס על המלצות סיסאק, שהובהר לעיל כי הוא ארגון הגג של האגודות לניהול זכויות היוצרים בעולם. לארגון זה אינטרס מובהק ביותר לקבוע מכפיל גבוה ככל האפשר על מנת שהתשלום שישולם לחבריו יגדל. משל למה הדבר דומה? לטענה של אקו"ם לפיה יש לאמץ את המקדם של 10% מאחר שהיא עצמה פרסמה בעבר כי זה המקדם הראוי. ראייה מעין זו אינה ראייה. לאגודות לניהול הזכויות בעולם אינטרס זהה, כאשר כולן גם יחד פועלות להגדיל את נתח התמלוגים שישולם לחברים בהן. לפיכך לא ניתן להעניק כל משקל לעובדה שאגודות אלה "קובעות" כי המקדם הראוי הוא 10% או מפרסמות פרסומים בהם כלולה קביעה מעין זו.

יתרה מזו, עיון בפרסום של אוכטנהגן מעלה כי כלל לא ניתן לבסס עליו את הטענה לפיה יש לעשות שימוש במקדם של 10%: מהפרסום עולה אכן כי מקדם ה-10% מבוסס על נוהג שהיה קיים לפני למעלה ממאה שנים בנוגע למופעי תיאטרון ובלט (עמי' 70 ל-40, הוא הפרסום של אוכטנהגן). אלא שאוכטנהגן מבהיר בחיבורו כי אותו שיעור היסטורי של 10% התחלק בין בעלי הזכויות השונים ביצירה. לשיטתו של אוכטנהגן, כאשר משתתפים מספר בעלי זכויות יוצרים ביצירה – דוגמת תסריטאי, צלם ומחבר המוסיקה – יש לחלק בין כולם את התמלוגים המתקבלים מההכפלה במקדם של 10% (שם). מאחר שאין כל מחלוקת שאקו"ם אינה בעלת מלוא זכויות היוצרים ביצירות המושמעות, ובישראל עצמה קיימים עוד ארבעה גופים המייצגים בעלי זכויות יוצרים בחלק ניכר מהיצירות, הרי שגם לשיטתו של אוכטנהגן – שכאמור אינה מבוססת מדעית בכל דרך שהיא – לא היתה זכאית אקו"ם אלא לחלק יחסי מתוך אותם 10%. מאחר שאקו"ם לא הביאה כל ראיה בנוגע לחלקה היחסי בכלל



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

זכויות היוצרים הרלוונטיות, ואין מחלוקת שנטל ההוכחה מוטל עליה, הרי שדי בכך כדי להביא לדחיית הטענה לפיה יש לעשות שימוש במקדם זה.

62. גם האמור במאמרה של סחפנס אין בו כדי להושיע את התובעת. אמנם, התובעת טענה בתחילה, בהתבסס על האמור בחוות דעת שלם, כי מדובר "במדריך של UNESCO לנושא תמלוגי יוצרים" (עמ' 21 לחוות דעת שלם), אלא שבפועל מתברר שלא כך הם פני הדברים. מהפרסום עצמו (שצורף כנספח 1 לתצהיר נחום) עולה שעל אף שהוא הוצא לאור על ידי אונסק"ו, הרי שנאמר בו במפורש שהוא משקף אך את דעת המחברת ושאוונסק"ו אינה שותפה בהכרח לדעה זו ואין בדברים כדי לחייבה. יתרה מזו, במהלך שמיעת הראיות התברר כי סחפנס שימשה כיועצת משפטית בארגון זכויות היוצרים הבלגי (כפי שעולה מ-26/נ בעמ' 2), כי הפרסום עצמו נעשה בשיתוף פעולה עם סיסאק (נ/27 בעמ' 25 לפרסום) וכי התובעת היתה מודעת לכך שסחפנס היתה יועצת משפטית באגודת זכויות היוצרים הבלגית אך לא ציינה זאת (עמ' 68 לפרוטוקול, שורות 15-21). בנסיבות אלה, ושעה שמתברר שמי שפרסמה מסמך זה הועסקה על ידי אגודה לזכויות יוצרים, והמסמך עצמו פורסם בשיתוף פעולה עם ארגון הגג של זכויות היוצרים, אין אלא לקבוע כי אין לו כל ערך ראייתי.

לכך יש לצרף את העובדה שהמסמך נועד, על פי האמור בו, להציע מודל לארגון זכויות יוצרים המבקש לגבות תמלוגים **במדינות מתפתחות**. מכאן שהוא כלל אינו מתאים לשימוש במדינה מפותחת כישראל.

עוד יש לציין כי נספחי הפרסום שנכתב על ידי סחפנס חותרים תחת המודל המוצע על ידי התובעת. לא ניתן לשלול את הטענה לפיה מסיבה זו לא צירפה התובעת את נספחי הפרסום לראיות שהציגה. כך, מנספח 1 לפרסום (נ/28) עולה שהמחברת סבורה שיש להחיל כללים שונים על תחנות מוסיקה ועל תחנות מוטות מלל (עמ' 1 לנספח 1 למאמר), בעוד המתווה של אקו"ם מבקש להחיל עליהן כלל זהה. בנוסף מנספח 4 למאמר (נ/29) עולה כי בטיוטת ההסכם הסטנדרטי שמציעה המחברת מגולם **תשלום לפי אחוז קבוע** ולא לפי מכפלה של אחוז ההשמעה ב-10% (ראו עמ' 5 ל-נ/29, בסעיף 5 להסכם המוצע). מכאן שגם לשיטת סחפנס אין כל קדושה במודל של מכפלה במקדם של 10%, ויש עדיפות דווקא למודל המבוסס על תשלום של אחוז קבוע מהכנסה. המסקנה היא שלא רק שהמאמר נעדר משקל ראייתי, אלא שהמלצותיה של סחפנס עומדות בניגוד גמור למתווה המוצע על ידי התובעת.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

63. הובהר לעיל כי הנתונים החלקיים הנוגעים למודלים הנהוגים במדינות מעבר לים לא הוצגו באופן המאפשר התבססות עליהם. לפיכך לא הוכחה טענת שלם לפיה אותם מודלים מעידים על שימוש במקדם ה-10%. זאת אף מבלי להיכנס לשאלה מדוע נבחרו דווקא אותן מדינות שיתכן כי מבססות את המודל על מקדם זה, ולא נבחרו מדינות רבות אחרות שהנתונים שהוצגו לגביהן מעידים על מודלים שונים בתכלית.

64. אם בכך לא די, הרי שמהנתונים שעלו מראיות התובעת עולה לכאורה שאקו"ם עצמה ביססה את הסכמיה עם גורמי השידור על מקדם הנמוך לאין שיעור ממקדם של 10%:

מהחקירה הנגדית של עדי התובעת עולה כי כיום משלמת גלי צה"ל לאקו"ם סכום המשקף 2.69% בצירוף מע"מ מכלל התקציב המוקצה לה (תשלום של 4.2% כולל מע"מ מייצג תשלום לפי 3.589% בצירוף מע"מ, וכיום משלם גל"צ רק 75% מסכום זה, דהיינו: 2.69%; לעניין זה ראו עמ' 85 לפרוטוקול, בשורות 3-9, והדיון בעדותו של בן דוד לעיל). תשלום זה מבוצע עבור השימוש ברפרטואר המוגן הן בגל"צ והן בגלגל"צ, ועל פני הדברים לא ניתן להניח שהוא משקף בדרך כלשהי מכפלה של אחוז השמעת המוסיקה ב-10%.

בדומה התברר כי שיעור התמלוג שמשלמות הוט ויס לאקו"ם עומד על 1.27%, וזאת לאחר שאקו"ם הסכימה לניכוי עמלות פרסום בשיעור של 34% (ראו עדות בן דוד בעמ' 97 לפרוטוקול, שורות 20-29). בן דוד אישר בעדותו שההסכמים עם הוט ויס משקפים במעוגל הכפלה של שיעור השימוש ברפרטואר המוגן במקדם של 5% לכל היותר (עמ' 98 לפרוטוקול, שורות 16-18).

מכאן שההסכמות שחשפה אקו"ם (אקו"ם נמנעה מלחשוף הסכמים רבים עם גורמי שידור נוספים בטענה כי על פי אותם הסכמים היא מחויבת לחיסיון), משקפות מכפיל בשיעור שאינו עולה אף כדי מחצית מהשיעור של 10% לו טוענת אקו"ם במסגרת התובענה שלפני.

65. יש לציין בהקשר זה כי אותם הסכמים בין אקו"ם לגופי השידור שנחשפו על ידי התובעת הושתתו כולם על תשלום של **אחוז קבוע** מההכנסה, התקציב או דמי המנוי.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

באלה יש לכאורה כדי לשמוט את הקרקע תחת הטענה לפיה קיים מעין כלל אוניברסלי המצדיק את השתתת מתווה התמלוגים הראוי על מכפלה של ההכנסה במקדם המוכפל באחוז השמעת היצירות המוגנות.

66. בשולי הדברים יש להעיר כי מאחר שמקדם ה-10% הושתת באופן היסטורי על הסכום ששולם עבור הופעות חיות (כעולה מחוות דעת שלם ומהפרסום של אוכטנהגן), ניתן היה להניח לכאורה שאקו"ם תבצע התאמה של המקדם למקובל כיום בתחום ההופעות החיות. בפועל, מנהיגה היום אקו"ם מקדם שונה לחלוטין בכל הנוגע להופעות פומביות. מתעריף אקו"ם המעודכן לשנת 2019 להופעות (נ/32) עולה כי אקו"ם גובה 3% מההכנסות המתקבלות עבור ההופעות, תוך שהיא מעניקה הנחה של 20% מתעריף זה למי שמקיים את כל תנאי הסכם הרישיון (ראו ההערות המופיעות לאחר הטבלה ב-נ/32, והשוו סעיף 6.5 ל-נ/31). מכאן שמי שעומד בתנאי הסכם הרישיון משלם 2.4% מהכנסות המופע. עוד נקבע בתעריף המעודכן כי בכל עת בה משולב במופע אלמנט נוסף, דוגמת ריקוד או דרמה תזכה אקו"ם לתשלום העולה אך כדי מחצית מהתעריף, דהיינו: 1.5% או 1.2% לאחר הנחה של 20% (ההערות לאחר הטבלה ב-נ/32; כך אישר גם בן דוד בעדותו – עמ' 81 לפרוטוקול, שורות 23-28). מכאן שבפועל גובה אקו"ם עבור שימוש ביצירות המוגנות בהופעות תעריף הנע בין 1.2% ל-3%. ניתן היה לכאורה לצפות כי המקדם המודרני של ההופעות, העומד כיום על 1.2% ל-3% לשיטת אקו"ם, ישמש גם לצורך נקדם ההכפלה במסגרת המתווה המוצע על ידה.

אמנם, ניתן להצביע על השוני הבולט של הופעה חיה המכוונת לקהל הנמצא במקום בלבד לבין שידור על גלי האתר, שעשוי להגיע למאזינים רבים. לפיכך לא ניתן לקבוע כי מקדם הכפלה של 3% (או אף מקדם נמוך יותר) הוא המקדם הראוי. עניין זה נזכר אך כדי להבהיר כי אין כל קדושה במכפיל של 10%, וכי גם ההצדקה ההיסטורית שניתנה לו עברה ופסה מן העולם.

67. המסקנה היא שלא עלה בידי התובעת לבסס את הטענה לפיה על מתווה התמלוגים להתבסס על הכפלת שיעור השמעת המוסיקה המוגנת במקדם של 10%. לא ניתן כל הסבר כלכלי או הגיוני למספר זה. לבד מההנחה האפשרית לפיה מדובר במספר עגול בו בחרו יוצרים במאה ה-19 מטעמים של נוחות, לא הוצג לפני בית המשפט כל טיעון ענייני שיש בו כדי לתמוך בקביעת מקדם זה. יש לפיכך לקבוע שאין כל בסיס לשימוש במקדם זה במסגרת מתווה תמלוגים שייאכף על תחנות הרדיו האזוריות. לנוכח



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

מסקנה זו, ומאחר שהמקדם הוא מאבני הפינה של המתווה המוצע, אם לא אבן הראשה של המתווה כולו, הרי שפסילתו מביאה לקריסת המתווה המוצע כולו. מכאן שדין התביעה להידחות.

ב. ניכוי זמן הפרסומות

68. כפי שהובהר בפתח הדברים, החליטה אקו"ם להפחית את זמן שידור הפרסומות ממכנה החישוב, תוך הפחתתן משעות היממה בהן משדרות תחנות הרדיו האזוריות את שידוריהן. כאמור, המומחה מטעם אקו"ם הבהיר שלא עלה בידו למצוא מדינה אחרת בה נהוג מודל מעין זה (עמ' 46 לחוות דעתו), וכך הבהיר גם המומחה מטעם הנתבעות (עמ' 36 לחוות דעתו).

69. יש לדחות את דרישת אקו"ם לכלול במתווה שייאכף על הנתבעות הפחתה של זמן השידור במכנה בגין זמן שידור הפרסומות מהטעמים שיפורטו להלן.

בכתב התביעה טענה אקו"ם כי החל משנת 2006 היא "איננה מנהלת עוד את זכויות חבריה היוצרים בשימוש ביצירותיהם בפרסומות" (סעיף 33 לכתב התביעה). אין למעשה מחלוקת כי היוצרים זוכים לתשלום עבור השימוש ביצירותיהם המוגנות במסגרת הפרסומות (פסקה 59 לתצהיר שי בן מאור, העד מטעם הנתבעת 2; פסקה 34 לתצהיר חגית קמין, מטעם הנתבעת 7; פסקה 53 לתצהיר אור צלקובניק, מטעם הנתבעת 8). בסיכומיה לא חלקה התובעת על עובדה זו. לפיכך, גריעה של זמן הפרסומות מזמן השידור הנכלל במכנה של הנוסחה תביא לכך שעבור זמן שידור הפרסומות יזכו היוצרים הן לתשלום ישיר עבור השימוש בזכויותיהם בפרסומות, והן לתשלום נוסף עקיף בשל הפחתת זמן הפרסומות מהמכנה בנוסחה (שתביא לגידול התמלוגים שישולמו). לא ניתן לאשר מודל שתוצאתו המעשית תהיה השתת תשלום יתר, שהוא במהותו תשלום כפל של תמלוגים בגין אותו פרק זמן עצמו.

70. יש גם טעם בטענת הנתבעות לפיה אין לשעות לטענת אקו"ם מהטעם הדיוני, הגובל בהשתק שיפוטי, לפיו המומחה מטעם התובעת לא החיל כלל חישוב דומה על הנתונים שהציג מהמדינות שמעבר לים. לו היה מוצג אותו חישוב תוך הצבה של זמן שידור ללא פרסומות במכנה, היה הדבר גורם לשוני של ממש בתשתית ששימשה את טענות המומחה מטעם התובעת. במצב דברים מעין זה לא ניתן לקבל טענות של התובעת



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

המבקשת להפחית את זמן שידור הפרסומות לצורך קבלת התמלוגים, אך מתעלמת מזמן שידור הפרסומות בעת שהיא מנסה לבסס חישובים אחרים התומכים לכאורה בטענותיה.

71. מטעמים אלה יש לדחות את דרישת אקו"ם לכלול במתווה המוצע הפחתה משמעותית בזמן השידור המובאת לידי ביטוי במכנה הנוסחה, תוך התעלמות מהעובדה כי הנתבעות משדרות 24 שעות ביממה בפועל ומהעובדה שהיוצרים זוכים ממילא לתמלוגים עבור השימוש ביצירותיהם בפרסומות.

72. בשולי הדברים אעיר שלא היה מקום לשינוי החזית בסיכומי אקו"ם תוך טענה לפיה יש להורות, לחלופין, על החלת כלל במתווה שלפיו ינוכה זמן הפרסומות מהמונה ומהמכנה גם יחד. בסיכומים נטען כי מודל מעין זה חל בקנדה. אף אם ניתן היה להניח שזה מצב הדברים בקנדה – וסוגיה זו שנויה במחלוקת בין הצדדים – הרי שבהסכם שצורף לכתב התביעה ושאותו מבקשת אקו"ם לאכוף על הנתבעות לא נכללה תניה לפיה ינוכה זמן הפרסומות מהמונה והמכנה גם יחד. מכאן שהטענה החלופית בסיכומים חורגת באופן ניכר מהמתווה המוצע אותו ביקשה אקו"ם לאכוף על הנתבעות. אין להתיר שינוי חזית מעין זה במסגרת הסיכומים. כך או כך, הטענה שהועלתה בהקשר זה בסיכומים מתיישבת אך ורק עם טענת אקו"ם לפיה בית המשפט רשאי לקבוע כל מודל הנחזה להיות ראוי וסביר בעיניו, טענה שנדחתה לעיל.

73. המסקנה מכל אלה היא שיש לדחות את עמדת התובעת בנוגע להכללת נוסחה המנכה את זמן הפרסומות ממכנה נוסחת החישוב שבמתווה המוצע. גם מטעם זה דין התביעה להידחות, שעה שהתברר כי אחד מרכיביו של המתווה המוצע אינו יכול להיחשב ראוי או סביר וכאשר יש להתייחס למתווה כמכלול.

3. על שיקולים ערכיים ועל טיבו של המודל המוצע

74. די בכל האמור לעיל כדי להביא לדחיית התביעה. האמירות להלן הן הרבה מעבר לנדרש, והן מובאות אך מתוך תקווה שיהיה בהן כדי לסייע לצדדים בגיבוש מתווה מוסכם לעתיד לבוא.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

75. כפי שהובהר לעיל, מאחר שהוכח שלא ניתן לאשר את המתווה המוצע אין עוד צורך להידרש בהרחבה לכל אחד מרכיביו. עם זאת, ומאחר שהתובעת טענה שעל בית המשפט להכריע בעניין המתווה הראוי תוך התבססות על "הכרעה ערכית בדבר הסביר והראוי" ולאחר "איזון שלל נתונים וערכים – בין היתר ערכי תרבות, ושאלות כבדות משקל בדבר הראוי והרצוי", יש להתייחס בקצרה לשניים מהפגמים הערכיים הבולטים במתווה המוצע.

א. השמעת מוסיקה בשעות בהן שיעור ההאזנה לשידורים אינו גבוה

76. כאמור לעיל, כלל המתווה הישן התחשבות בשידורים בשעות הלילה. במסגרת המתווה החדש מבקשת התובעת להביא לכך ששידורי מוסיקה בלילה יקבלו משקל דומה לשידורי מוסיקה במהלך שעות היום. יוער כי כלל זה מעורר קושי ניכר לגופו, אף מבלי להידרש לקשיים במישור הערכי שהוא מעורר, שיפורטו להלן. זאת לנוכח העובדה כי אקו"ם עצמה פועלת בדרך שונה בעת חלוקת התמלוגים ליוצרים החברים בה, כפי שעולה מ"כללי מפתח חלוקת תמלוגים בשידור" התקפים מאוקטובר 2003 (נ/7). במסגרתם נקבע כי בגין שידור מחזורי של שירים בלילה יזכו היוצרים אך לתמלוג בגובה 10%. מכאן שאקו"ם עצמה סבורה שיש מקום לחלק בין תמלוגים עבור השמעת יצירות בלילה לבין אלה הנוגעים להשמעתן ביום.

77. השוואת שעות הלילה לשעות היום מעוררת קשיים הנוגעים לשאלה העקרונית אם מטרתה של אקו"ם היא אך לשמור על זכויות הקניין של היוצרים ולמקסם את גודל עוגת התמלוגים ממנה ניתן לחלק ליוצרים, או שמא מטרתה היא לקדם את השמעת יצירות היוצרים או אולי לעודד את היצירה והיוצרים. דומה כי מטרות אלה כולן עומדות לנגד עיניה של התובעת. אם אכן כך הם פני הדברים, יש לבחון אם המתווה המוצע מאזן באופן ראוי בין מכלול מטרות חשובות אלה.

במסגרת שמיעת הראיות התברר שהאפשרות כי המתווה המוצע החדש יחול, ועל התחנות ייגזר לשלם תמלוגים בסכום גבוה באופן משמעותי מזה ששילמו עד לאותה עת בשל השמעת המוסיקה בשעות הלילה, הביאה לכך שחלק מתחנות הרדיו פסקו מלשדר מוסיקה בשעות הלילה והעדיפו לשדר תכניות מלל בשידורים חוזרים. העדים מטעם רבות מהנתבעות העידו כי יפעלו בדרך זו אם המתווה החדש ייאכף על התחנות (לפירוט העדויות בהקשר זה ראו פסקאות 89-90 לסיכומי הנתבעת 3). כשנשאל המומחה מטעם התובעת האם מעדיפה אקו"ם שבשעות הלילה לא תשודר מוסיקה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

מוגנת כל עיקר, והאם סבורה אקו"ם שיש לדבוק במתווה ש"יוצר תמריץ לזה שזה יהיה המצב בסופו של דבר?" השיב כי מצב מעין זה הוא "מצוין" (עמ' 299 לפרוטוקול, שורות 5-10). תשובה זו נטועה בעולמו של כלכלן. אין בינה לבין קידום התרבות הישראלית לה טוענת אקו"ם ולא דבר.

תשובה שונה בתכלית נשמעה מפיו של חיים קינן, שהוא יוצר רב פעלים בזכות עצמו. משנשאל האם נכון כי היוצרים המיוצגים על ידי אקו"ם רואים ערך עצמאי בחשיפה של שיריהם לקהל "מעבר לתמלוגים שמשולמים להם מהרדיו", השיב, תוך ציטוט משירה של נעמי שמר "זמר נודד" באומרו כי "אבוי לשיר, אבוי לשיר/ אם אין לו, אין לו הד". הוא הוסיף והבהיר כי תפיסה זו מאפיינת "את כל היוצרים" וכי שיר שאינו זוכה לפרסום "הוא שיר מסכן, הוא שיר צולע" (עמ' 24 לפרוטוקול, שורות 4-13).

78. נראה שתשובתו של קינן עולה בקנה אחד עם הלך מחשבתם של מרבית היוצרים, המעוניינים בחשיפה גבוהה ככל האפשר של יצירותיהם המוסיקליות לקהל הרחב (ובלבד שלא תהא זו חשיפה ללא רישיון). אכן, אבוי לשיר אם אין לו הד. הדברים קל וחומר שעה שמדובר ביצירות של יוצרים שאינם עוד בין החיים, שיצירותיהם משמשות להם מעין גל-עד. יצירות מעין אלה, שהן בבחינת "עתיקים שיננס משומר" (בלשונו של חיים חפר בשירו "ציזבאט"), אינן זוכות להשמעות תדירות בשעות השיא של ההאזנה לשידורי הרדיו. החלת מתווה התמלוגים החדש תביא כמעט בהכרח לירידה דרסטית בהשמעה של יצירות מופת ישראליות, ויחד עימה לפיחות אפשרי נוסף במעמדן ובהנגשת יצירות המיוסדות על מכמני השפה העברית, המייצגות את תרבותה העשירה של מורשת ישראל המתחדשת, שלֶחן לא נס.

לא למותר לציין כי הנתונים שמסר המומחה הכלכלי מטעם אקו"ם בנוגע להתפלגות תשלום התמלוגים, מצביעים על כך שהגדלת התשלום תביא להגדלה בסכומים שישולמו לאמנים העכשוויים שיצירותיהם מושמעות בכל עת מעל כל גלי האתר. המתווה החדש, המחייב את התחנות בתשלום מלא עבור שידור מוסיקה בשעות הלילה בהן המאזינים מעטים וההכנסות אפסיות, יביא לכך ששידור מוסיקה בלילה יגרור תוספת משמעותית לתשלום שתשלמנה התחנות לאקו"ם עבור השימוש ברפרטואר המוגן. מאחר שאין חולק שההכנסות בלילה נמוכות ביותר, הרי ששיקול כלכלי קר יביא בהכרח למסקנה לפיה אין להשמיע מוסיקה בלילה. כתוצאה מכך, אותם יוצרים שיצירותיהם הזנוחות מעט זכו לעדנה בשעות שאינן שעות האזנה



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

מרכזיות, לא יושמעו עוד כלל ועיקר. הנזק לעולם התרבות הישראלי ככלל, וליוצרים בתחום המוסיקה בפרט, נחזה להיות נזק משמעותי ביותר. חשש נוסף הוא כי החלת מודל זה עלולה להביא גם לביטול תכנית "שבת עברית" ודומותיה, במסגרתן משודרת מוסיקה עברית מכל הזמנים בסופי השבוע.

מאחר שהתובעת סבורה שעל בית המשפט לשקול שיקולים ערכיים בעת בחינת המתווה המוצע, נראה ששיקולים אלה מכריעים בבירור את הכף כנגד ביטול ההתחשבות המיוחדת בהשמעת מוסיקה בשעות לילה. זאת, בשל הצורך לקדם גם את מה שנחזה להיות האינטרס המובהק של חלק הארי של היוצרים. מהנתונים שפרש המומחה עולה כי רוב רובם של היוצרים זוכה לתשלום של מאות שקלים בודדות עבור השמעת יצירותיהם בתחנות הרדיו האזוריות כולן לאורך שנה שלימה, ואילו מיעוט קטן של היוצרים זוכה להכנסות גבוהות ביותר. דומה כי אותו רוב מוחץ יעדיף כי יצירותיו יושמעו לעיתים תדירות יותר מעל גלי האתר, אף אם הדבר יביא לכך שלא יחול שינוי משמעותי בתמלוגים המשולמים להם.

יוער כי אין כל בטחון שהחלת המתווה החדש תביא לכך שיחול שינוי בתמלוגים המשולמים לחלק הארי של היוצרים. אף אם ביטול ההנחה לשעות הלילה תביא לעליה בכלל התמלוגים המשולמים, הרי שהתוספת תזרום לכיסם של היוצרים הזוכים גם היום לתמלוגים גבוהים ביותר. מרבית תחנות הרדיו האזוריות תפסקנה לשדר מוסיקה בשעות הלילה; יצירותיהם של כל אותם יוצרים שזכו עד כה להשמעות לא רבות יושמעו עוד פחות; ובעת חלוקת התמלוגים (המבוססת על השמעה בפועל של יצירתו של כל יוצר) יתכן שחלקם לא יזכו לכל תמלוג שהוא, ואחרים יזכו לתמלוג נמוך עוד יותר מזה לו הם זוכים כיום. היוצרים ה"עשירים" יזכו לתמלוגים גבוהים יותר, ואילו התמלוגים המשולמים למרבית היוצרים הזוכים גם היום לתמלוגים נמוכים למדי – יקטנו או יתאינו כליל.

79. בשולי הדברים אעיר שנראה כי מתווה ראוי אמור להתעלם כליל מחיוב בתמלוג בגין השמעת מוסיקה בשעות הלילה ושעות סופי השבוע (אף שראוי כי אקו"ם עצמה תחלק את תמלוגים לחבריה תוך התחשבות בעצם השמעת יצירותיהם בפועל, בכל שעה שהיא, ולו תוך החלת כלל חלוקה גמיש ומשתנה). המתווה הישן הביא לכך שלתחנות הרדיו היה תמריץ כלכלי לשדר מוסיקה בשעות הלילה, מאחר שאלה הוחשבו באופן



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

חלקי בדרך שהביאה לתוצאה מתמטית המפחיתה את שיעור ההשמעה בשעות היום¹ (כך עולה בבירור גם מהחישובים שערך פריזט בחוות דעתו). במסגרת מתווה ראוי, המבקש לחייב את התחנות עבור התועלת האמיתית הצומחת להן מהשימוש במוסיקה המוגנת מחד גיסא, ולעודד את שידור המוסיקה בשעות בהן שיעור ההאזנה נמוך במיוחד מאידך גיסא, ולקדם בכך תוצאה אפשרית של השמעת יוצרים ישראלים שאינם מושמעים בדרך כלל, נראה שרצוי לאפשר שידור מוסיקה ללא הגבלה בשעות אלה. במצב דברים מעין זה תחוייבנה התחנות בתשלום שייגזר מהשימוש ה"כלכלי" האמיתי במוסיקה המוגנת בשידוריהן בשעות היום, המניבים הכנסה, תוך שיווצר להן תמריץ תרבותי – ולא תמריץ חישובי-כלכלי – לעשות שימוש במוסיקה בשעות הלילה ובסופי שבוע.

ב. מאפיינים מיוחדים של תחנות

80. שיקול ערכי נוסף שיש להביא בחשבון נוגע לצורך להתחשב בתחנות בעלות מאפיינים ייחודיים, ובכלל זה כאלה שעניינם במיקומן הגיאוגרפי של התחנות ובמאפייני קהל מאזיניהן. המתווה המוצע על ידי אקו"ם אינו רגיש כלל למצוקה הייחודית שבה נמצאות תחנות פריפריאליות, על דרך הדוגמה. גם מבלי להידרש לשאלה האם אכן עלה בידי הנתבעות 2, 13, 14, 15 ו-16 לבסס את טענותיהן העובדתיות בעניין קשייהן על ראיות מוצקות, נראה שאין מחלוקת של ממש כי התחנות הממוקמות בפריפריה חשופות לקשיים ייחודיים. כך לדוגמה טענה הנתבעת 2 כי היא נצרכת להוציא הוצאות גדולות במיוחד בשל שטח השידור הגדול שהיא מכסה, תנאי הטופוגרפיה הייחודיים באזור והעובדה שמדינות אויב עולות על תדר השידורים בו היא עושה שימוש ומצריכות השקעה נוספת בצידוד לצורך קיום השידורים. בדומה טענה הנתבעת 13 כי בשל הפיזור הגיאוגרפי הרב של מאזיניה, והעובדה ששידוריה מכסים 60% משטח המדינה, אף שהם משרתים 8% מהאוכלוסיה בלבד, נגזר עליה להוציא הוצאות רבות להקמת אתרי שידור נוספים; כי המצב הביטחוני הקשה בדרום הארץ משפיע

¹ ניתן להמחיש קביעה זו באמצעות הדוגמה שהובאה בפתח הדברים, שעסקה בתחנה המשמיעה 8 שעות מוסיקה שמתוכן 3 בשעות היום ו-5 בלילה. לו היה החישוב מבוסס על 3 שעות מוסיקה מתוך 16 שעות היום, תוך התעלמות משעות הלילה, היתה התוצאה כי התחנה עושה שימוש במוסיקה במשך 18.75% מזמן השידור (3/16). הכלל הישן החשיב את 5 שעות הלילה כשעה אחת. לפיכך נערך החישוב הממוצע, ליום השידור כולו, על בסיס חלוקה של 4 שעות מוסיקה על פני 24 שעות. כתוצאה מכך ירד אחוז השימוש במוסיקה ל-16.66%. תוצאה זו, לפיה שידור מוסיקה רבה בשעות הלילה הפחית את שיעור המוסיקה לחישוב גם בשעות היום, נכון מתימטית כלפי כל תחנה שהיא.



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

על השידורים ועל ההכנסות מפרסומות; וכי יש מקום לתת משקל לחתך האוכלוסיה ולקושי להשיג פרסומות. טענות דומות נשמעו גם מפי הנתבעות הנוספות שנזכרו לעיל, כאשר כל אחת מהן מצביעה על קשיים ייחודיים משלה.

המענה שהציעה אקו"ם לכל אלה עניינו בטענתה לפיה המתווה המוצע רגיש להכנסה של תחנת השידור. ככל שזו תקטן, יקטן גם התשלום לאקו"ם. אלא שמענה זה אינו מן העניין. המתווה המוצע מבוסס אך ורק על ההכנסות ומתעלם כליל מההוצאות. ההסבר שנתנה לכך אקו"ם הוא החשש ממניפולציות בכל הנוגע להצגת ההוצאות על ידי התחנות. אין במענה זה כדי להשיב לטענות התחנות הפריפריאליות. תחנות אלה, שאקו"ם חשופה היטב לנתוניהן הכלכליים, מאופיינות ככלל לא רק בהכנסות נמוכות יותר, אלא גם בהוצאות שידור גבוהות יותר מאלה של התחנות המצויות באזורים אחרים בארץ. אין מקום לאמץ מתווה שאינו רגיש כלל לטענות מעין אלה. מסקנה זו מושתתת על עקרונות השוויון וההגינות, ועל שיקולים ערכיים כלליים ושיקולים של מדיניות ציבורית ומשפטית גם יחד. ממילא, לו היה בית המשפט נדרש להכריע בתובענה על יסוד שיקולים ערכיים, היה מקום לפסול את המתווה המוצע גם מהטעם שהוא מכיל כלל אחיד על כל תחנות הרדיו, מבלי לאפשר גמישות והתחשבות בתחנות שנודעת לשידוריהן חשיבות לחבלי ארץ ואוכלוסיות בעלות מאפיינים ייחודיים, ואשר בשל מיקומן וטיב אוכלוסיית המאזינים להן, הן נצרכות להוצאות גבוהות יחסית להכנסותיהן.

בטרם חיתום

81. כפי שהובהר בפתח הדיון בפסק-הדין, טענה התובעת בסיכומיה לסעד חלופי שלפיו גם אם בית המשפט לא יאמץ את המתווה המוצע על ידה או-אז הוא מתבקש לקבוע את המתווה הנראה בעיניו. כבר בפתח הדברים הובהר מדוע לא ניתן לעשות כן במסגרת תובענה זו. לאותם השיקולים שנמנו לעיל, ניתן להוסיף את השיקול המעשי, שעניינו בכך שההצעה שהוצעה לצדדים לאחר שמיעת הראיות התייחסה למודל השונה בתכלית השינוי מזה שהציעה אקו"ם.

במסגרת אותה הצעה הוצע מתווה שביקש לקדם את התמיכה ביצירה וביוצרים, למנוע אפשרות שבשל שיקולים כלכליים לא תושמע מוסיקה של יוצרים מקומיים, להביא להבחנה הנחזית להיות מתבקשת בין תחנות מוטות מלל לתחנות מוסיקה, להתחשב במאפיינים הייחודיים של תחנות פריפריאליות הנושאות בהוצאות תפעול



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

ייחודיות ולעיתים פונות לקהל מוחלש, ולפשט את המתווה עד כמה שניתן. ההצעה כללה קביעת תעריף קבוע על פי אחוז קבוע מהכנסות תחנות הרדיו, ללא צורך בבחינה שוטפת של אחוז השימוש במוסיקה ויצירת מנגנונים מסורבלים למעקב אחר השימוש השוטף ולבחינת היקף עמלות הפרסום. היא הבחינה בין תחנות מלל לתחנות מוסיקה, העניקה הנחות לאותן תחנות שיסכימו להתקנת התוכנה המוצעת על ידי אקו"ם (שהשימוש בה במישור שבין הצדדים ייעשה באופן מדגמי רק כדי לבחון אם תחנה מסוימת אכן עומדת באמות המידה שייקבעו לתחנת מוטת מלל), הבחינה בין תחנות שהכנסתן מועטה לתחנות אחרות והציעה תשלום קבוע מינימלי לאותן תחנות שהכנסתן נמוכה או שהן עושות שימוש מינימלי ברפרטואר המוגן. כמו כן, כללה ההצעה מתן אפשרות לשידור מוסיקה מוגנת בשעות הלילה ובסופי שבוע ללא שזו תובא בשקלול אחוז ההשמעה לצורך הגדרת תחנה כתחנה מוטת מלל, באופן שאמור להביא לכך שגם תחנות מלל יזכו לתמריץ להשמעת מוסיקה בלילות ובסופי שבוע, כאשר ממילא שיעור ההאזנה נמוך יותר.

המתווה המוצע, שלא התקבל על דעת הצדדים, שונה כמעט בכל פרמטר אפשרי מזה שהציעה התובעת. קשה עד מאוד להלום את ההנחה לפיה בית המשפט מוסמך להורות על אכיפת מתווה מעין זה ביחסים שבין הצדדים. קביעה מעין זו היתה לא רק בגדר ירידה לזירת ההתגוששות שבין הצדדים, אלא יצירת יש מאין על ידי בית המשפט תוך הכרעה במחלוקות על יסוד שיקוליו של בית המשפט. כל זאת מבלי שהדבר הוסכם על דעת מי מהצדדים, וללא שבית המשפט מוסמך לכך. דרך פעולה זו שמורה למחוקק. יש לקוות כי הוא יפעל בהקדם האפשרי להידרש לסוגיה.

סוף דבר

82. לנוכח כל האמור לעיל התביעה נדחת.

על אף שהתביעה נדחתה, איני סבור שיש לפסוק לנתבעות את מלוא הוצאותיהן. במהלך הדיונים נחשפו נתונים המעידים על כך שחלק משמעותי מהנתבעות אינו משלם אף את התשלומים התואמים את ההסכמים עליהם חתמו נתבעות אלה, מיעוטן לא חתמו על הסכם ולא שילמו סכומים כלשהם לאקו"ם, ולמעשה נראה כי אך תחנות בודדות שילמו את כל הנדרש מהן במהלך התקופה כולה. עוד יש להביא בחשבון במסגרת פסיקת הוצאות המשפט את העובדה כי אותן נתבעות שהתאגדו בקבוצות לצורך שכירת שירותיהם המשפטיים של באי-כוחם נשאו במצטבר בהוצאות



בית המשפט המחוזי בירושלים לפני כבוד השופט רם וינוגרד

5 בינואר 2020

ת"א 62302-12-13 אקו"ם בע"מ נ' רדיו הבירה שותפות מוגבלת ואח'

בעלויות גבוהות, מה גם ששתי הקבוצות המרכזיות של הנתבעות נשאו בעלויות שכר טרחתו של ד"ר פריזט. לפיכך, ובהתחשב במכלול שיקולים אלה, הגעתי לכלל מסקנה לפיה תשלם אקו"ם לכל אחת מהנתבעות שיוצגו על ידי עורך דין שכ"ט עו"ד בסכום כולל של 10,000 ₪. כמו כן, תישא אקו"ם בהוצאות המשפט של הנתבעות 1, 3, 5 ו-16 בסכום של 5,000 ₪ לכל אחת מהן. היא תישא בהוצאות כל אחת מהנתבעות 2, 4, 6, 7, 8, 9, 12, 13 ו-14 בסכום של 7,000 ₪ (לכל אחת מנתבעות אלה), ובהוצאות הנתבעת 15 בסכום של 15,000 ₪. הסכומים כולם כוללים מע"מ.

המזכירות תשלח העתק מפסק-הדין לב"כ הצדדים.

ניתן היום, ח' בטבת התש"ף, 5 בינואר 2020, בהעדר.

רם וינוגרד, שופט