

תחרות ופערי כוחות בשוק המוזיקה הדיגיטלי: חישוב מסלול מחדש

ליאור ברוך, * מעיין פרל** וניבה אלקין-קורן***

חלק משמעותי מהפעילות בשוק המוזיקה מתרחש כיום ברשת באמצעות פלטפורמות גלובליות, דוגמת YouTube. על אף ההזדמנויות המגוונות שפותח שוק המוזיקה הדיגיטלי בפני יוצרים של יצירות מוזיקליות, דוגמת פוטנציאל חשיפה עצום ויכולת לבסס קשר רציף עם משתמשים, התגמולים הכלכליים שהוא מצייע אינם תואמים לציפיות היוצרים. בעלי זכויות יוצרים בתחום המוזיקה וכן גופים מסורתיים נוספים, כמו חברות תקליטים, המחזיקים בזכויות יוצרים בחלקים שונים של היצירה השלמה, גורסים כי נתח הכנסותיהם ממסחר דיגיטלי של יצירותיהם אינו הוגן. אצבע מאשימה מופנית כלפי פלטפורמות התוכן השולטות בשוק המוזיקה הדיגיטלי, שנטען כי הן מנצלות לרעה את כוחן הרב בקביעת שיעור תמלוגים בלתי ראוי ליוצרים. טענות אלה נשמעות בכל רחבי העולם, וגם בישראל. מאמר זה מתאר את מערכת היחסים המורכבת שבבסיס שוק המוזיקה הדיגיטלי בישראל ומספק ניתוח משפטי-כלכלי שלה. מטרתו היא לסייע להבנה טובה יותר של טיב מאזן הכוחות בשוק זה ולבחון את נחיצותה של התערבות רגולטורית לשם תיקונו.

ככלל, ניתן לומר כי בישראל, זכויות יוצרים בתחום המוזיקה מנוהלות לרוב על ידי ארגונים לניהול משותף של זכויות יוצרים, דוגמת אקו"ם, הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות והפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית (הפי"ל), וכן על ידי גופים נוספים כמו חברות תקליטים כאמור (הגם שישנם לא מעט יוצרים שפועלים עצמאית ואינם מאורגנים במסגרת גופים אלה). הפלטפורמה המרכזית (אם כי לא היחידה) בישראל להפצה ולצריכה דיגיטליות של מוזיקה היא YouTube. מערכת היחסים החוזית בין YouTube מחד גיסא לבין הגופים כאמור מאידך גיסא מבוססת על גיבוש הסכמי הרשאה שמקנים ל-YouTube זכויות שימוש מסוימות במנעד רחב של יצירות מוגנות. אולם, כפי שמראה מאמר זה, דומה כי הסכמים אלה נכרתים על רקע פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים.

כתיבת מאמר זה נעשית ברקע העובדה שאך לאחרונה נוצרה הזדמנות מעניינת לבחון מחדש את פערי הכוחות האלה תחת תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית

* עו"ד ליאור ברוך, תלמיד במסלול השיר לדוקטורט, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

** ד"ר מעיין פרל, מרצה בכירה, המכללה האקדמית נתניה.

*** פרופ' ניבה אלקין-קורן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.

שנכנס לתוקפו בחודש ינואר 2019. התיקון הביא להרחבת ההגדרה המשפטית של המונח "מונופול". אם טרם התיקון גוף הוגדר כ"מונופול" בעיקר על בסיס נתח השוק שלו, הרי שהתיקון קבע כי "מונופול" יוגדר גם כזה שהן ההיצע (מתחרים) והן הביקוש (לקוחות) אינם מסוגלים לרסן את התנהגותו. משמע, בעקבות תיקון 21 נוספה קטגוריה של "מונופול התנהגותי", המבוססת על התנהגותו של הגוף הנבחן. משכך, מתבקש כי רשות התחרות תבצע בחינה מעמיקה יותר של כוח השוק של YouTube בכלל, ושל כוח השוק שלה מול בעלי זכויות היוצרים בתעשיית המוזיקה בפרט.

המאמר יבצע צעד ראשון וחשוב בבחינה זו. לצורך כך, מאמר זה יבחן את מאפייני תעשיית המוזיקה הישראלית והממשק המסחר-חוזי שבינה לבין YouTube, וזאת תוך סקירת ספרות ואיסוף מידע מגורמים שונים בתעשיית המוזיקה הישראלית, לרבות יוצרים, ארגוני ניהול משותף, חברות תקליטים ועוד. ודוק, לצורך הנוחות המחקרית, את כלל הסקירה ואיסוף הנתונים כאמור אנו נעבד, נמקד ונשליך על מערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף כ"מקרה מבחן", וזאת תוך עמידה על מאפייניה הייחודיים של מערכת היחסים החוזית כאמור והתאמת הסקירה ואיסוף המידע לייחודיות שבה. לסיום, ובטרם ניגש לעיקרי הדברים, נציין כי ייתכן שאף ראוי כי רשות התחרות תבחן את כוחן של ענקיות דיגיטליות הפועלות בישראל באופן כללי, לאור תיקון 21 כאמור. קריאתנו לבחינה מחודשת זו על ידי רשות התחרות מקבלת חיזוק ממגמה גלובלית השמה דגש על בחינת כוחן של ענקיות הדיגיטל והצורך באיזונו – הן באופן כללי והן מול כוחם של בעלי זכויות יוצרים וגופים נוספים בתעשיית המוזיקה המסורתית.

הקדמה. א. היכרות עם הזירה הנחקרת: YouTube, ארגוני ניהול משותף והסכמי הרשאה שביניהם. 1. YouTube ; 2. ארגוני הניהול המשותף ; 3. הסכמי הרשאה : מתכונתם והתמריצים לגיבושם. ב. מעמדה המונופוליסטי של YouTube לאור תיקון 21 – בחינת יחסיה החוזיים עם ארגוני הניהול המשותף. 1. תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית: עקרונות ; 2. הגדרת השוק הנבחן : שירותי צריכה מקוונת של מוזיקה ; 3. YouTube כמונופול התנהגותי. ג. נפקות החלת תיקון 21 על YouTube. סיכום והמלצות.

הקדמה

מהפכת האינטרנט הביאה לשינויים מרחיקי לכת באופן הצריכה של תוכן ויצירות בעולם. מהפכה זו גם פתחה בפני יוצרים ערוץ דיגיטלי משמעותי למסחור יצירותיהם. בתחום המוזיקה, יוצרים רבים מפיצים את יצירותיהם בשוק הדיגיטלי באמצעות גורמי ביניים אינטרנטיים מבוססי תוכן משתמשים (User Generated Content) בעלי מודל כלכלי המבוסס על הצגת פרסומות (Advertisement Funded-Zero Users Pricing) (להלן: פלטפורמות-תוכן),

דוגמת YouTube.¹ שוק המוזיקה הדיגיטלי קושר למעשה את פלטפורמות-התוכן, בעלי זכויות היוצרים ביצירות מוזיקליות, מפרסמים ומשתמשי הקצה למערכת מורכבת של יחסי גומלין המושפעת מאינטרסים שונים: פלטפורמות-התוכן מעוניינות להגדיל את מספר משתמשי הקצה שלהן כדי למשוך קהל מפרסמים ולמקסם את הכנסותיהן מפרסום. לשם כך, עליהן לדאוג להיצע תכנים מגוון ומותאם אישית להעדפות משתמשי הקצה. בעלי זכויות היוצרים שואפים לחשיפה מקסימלית ולהשאת התמלוגים שהם מקבלים מהפלטפורמות בגין מתן גישה מקוונת ליצירותיהם. משתמשי הקצה מעוניינים בגישה לתכנים מגוונים הן לצורך הפקת הנאה אישית והן לצורך שימוש בתכנים אלה כחומר גלם ליצירה עצמאית עוקבת.² לשם אסדרת מערכת היחסים בין שלושה גורמים אלה, בעלי זכויות היוצרים בתעשיית המוזיקה ופלטפורמות-התוכן נוהגים לגבש ביניהם הסכמי הרשאה מקדימים.³ הסכמים אלה בדרך כלל מגובשים במתכונת של "רישיונות שמיכה" (Blanket License), המשמשים כרישיונות גורפים תקופתיים המקנים לפלטפורמות-התוכן זכויות שימוש מסוימות בכל פרטואר היצירות של בעלי זכויות היוצרים.⁴ במקרים רבים, הסכמי הרשאה במתכונת זו מתאפשרים לאור קיומם של גופים המחזיקים בזכויות יוצרים במנעד רחב של יצירות – כאלה הן חברות תקליטים וכן כאלה הם אגודות וארגונים לניהול משותף של זכויות היוצרים, הלא הם נושא מאמרנו בהיותם מקרה המבחן (להלן: ארגוני ניהול משותף).⁵ ארגוני ניהול משותף מקבלים מהבעלים הראשונים של זכות היוצרים (למשל, משורר או מלחין) את זכות היוצרים ומנהלים אותה.⁶ כך, ארגוני ניהול משותף מאגדים סקטור מסוים של בעלים ראשונים בזכויות היוצרים, מייצגים אותם ומנהלים עבורם מנעד רחב של תכנים מוגנים.

- 1 Niva Elkin-Koren, Yifat Nahmias & Maayan Perel, *Is it Time to Abolish Safe Harbor? When Rhetoric Clouds Policy Goals*, 31 STAN. L. & POL'Y REV. 1 (2020).
- 2 דיון מורחב ביחס לכך יבוא בהמשך הדברים.
- 3 Shiva Shekhar, *Zero Pricing Platform Competition* (Mar. 30, 2020), בהקשר זה ראו https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3564359.
- 4 ליטל הלמן "זכויות יוצרים וטכנולוגיות חדשות" קניין רוחני: עיונים בינתחומיים 603, 616 (מרים מרקוביץ-ביטון וליאור זמר עורכים, 2015). ראו גם רשות התחרות "החלטה לפי ס' 14 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988 בדבר מתן פטור מאישור הסדר כובל שצדדים לו אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל בע"מ ובעלי הזכויות החברים בה" (מס' 10528, 2.11.2016) (להלן: החלטות פטור אקו"ם) (www.gov.il/BlobFolder/legalinfo/decisions10528/he/10528.pdf) ("אחד היתרונות המרכזיים שרישיון שמיכה מקנה למשתמשים [דורשי הרישיון] הוא הנגישות המהירה והמיידית למגוון רחב של יצירות. זאת בפרט עבור משתמשים המבקשים לעשות שימוש ברשומות קול רבות, לעיתים עשרות (אם לא מאות) רשומות קול ביום"; גיא פסח "אגודות לניהול משותף של זכויות יוצרים – מבט נוסף על יעילות והגיונות" דין ודברים ב 628, 621 (2006).
- 5 אריאל כץ "מונופולין ותחרות בניהול משותף של זכויות ביצוע פומבי" דין ודברים ב 557, 551 (2006) ("בפועל, הסכמים בין משתמשים ובין בעלי הזכויות היחידים הם נדירים. בדרך כלל המשתמשים נושאים ונותנים, מקבלים רישיונות ומשלמים תמלוגים לתאגידים לניהול משותף הפועלים בשמם של בעלי זכויות רבים, לרוב בשמם של כלל בעלי הזכויות במדינה או מרביתם").
- 6 ראו ס' 33 לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007, המגדיר את "הבעלים הראשון" של זכות היוצרים. עוד ראו ס' 37(ב) לחוק זכות יוצרים; ס' 3 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984. כן ראו בהקשר זה פסח, לעיל ה"ש 4.

מערכת יחסים חוזית מעין זו מתקיימת בין ארגוני הניהול המשותף, כמו אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (אקו"ם) והפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (הפי"ל), לבין פלטפורמת התוכן, YouTube, אם כי ישנם גם יוצרים עצמאיים המתנהלים מולה ישירות, ללא תיווך מצד הארגונים לניהול משותף.

כאמור, מאמר זה סוקר, אוסף ומנתח מידע ביחס לכלל הגופים המקיימים יחסים חוזיים עם YouTube (לרבות חברות תקליטים, יוצרים עצמאיים וארגוני ניהול משותף). בהמשך, המאמר ממקד את הדיון ומשליך על בסיס התרשמותנו את תוצאות ניתוח המידע כאמור על בחינת יחסי הכוחות שבין ארגוני הניהול המשותף ל-YouTube, זאת – תוך התאמת הדיון למאפיינים הייחודיים הקיימים במערכת היחסים החוזית שבין ארגוני הניהול המשותף לבין YouTube. במסגרת הכנת מאמר זה ביצענו ראיונות עם יוצרים ישראליים בתעשיית המוזיקה, חברות תקליטים, ארגוני ניהול משותף וכן גורמים נוספים שונים שיש להם נגיעה לתעשיית המוזיקה בישראל וכן ליחסים חוזיים מול YouTube.⁷ מהתרשמותנו מראיונות אלה עולה כי על אף אופיים החוזי-רצוני של הסכמי ההרשאה שנכרתים בין ארגוני הניהול המשותף ל-YouTube, בפועל הסכמים אלה אינם מתגמלים כראוי את אותם ארגונים כבעלי זכויות היוצרים, וממילא את היוצרים, ובכך מקפחים את זכויותיהם. לדעתנו, היעדר תגמול ראוי זה נובע באופן ישיר מעמדת מיקוח נחותה הקיימת לגורמים השונים בתעשיית המוזיקה מול YouTube בכלל, ועמדת המיקוח הנחותה הקיימת לארגוני הניהול המשותף, כמקרה המבחן בענייננו, בפרט.⁸ לפיכך, ברמה הפוזיטיבית, מאמר זה יתאר את מאזן הכוחות בין ארגוני הניהול המשותף ל-YouTube באמצעות כלים משפטיים-כלכליים. מחד גיסא, מאמר זה יראה כי שילוב של פערי כוחות "טבעיים" הנוצרים מכוחות השוק ושל סיווג פעילות ארגוני הניהול המשותף כ"הסדרים כובלים" הכפופים לתנאים תחת דיני ההגבלים העסקיים מביא לעמדת מיקוח מוגבלת שלהם מול YouTube. מאידך גיסא, מאמר זה יצביע על היעדרן של הגבלות תחרותיות על כוחה של YouTube בישראל ועל היעדר ריסון כוחה מול גורמים בתעשיית המוזיקה בכלל ומול ארגוני הניהול המשותף בפרט.

ברמה הנורמטיבית, מאמר זה יקרא לרשות התחרות לבחון אם קיומו של כוח מיקוח נטול הגבלות המצוי ברשותה של YouTube בהתנהלותה החוזית מול ארגוני הניהול המשותף הוא ראוי תחת דיני התחרות. ככל שיתברר כי ל-YouTube קיים כוח שוק משמעותי בישראל ביחסיה החוזיים מול ארגוני הניהול המשותף, הרי שניתן יהיה להגדירה כ"מונופול" בהקשר זה ולהטיל עליה מגבלות בהתאם.

יודגש, בחינה מחודשת שכזו מתבקשת דווקא בעת הנוכחית לאור הרחבת הגדרתו של המונח "מונופול" במסגרת תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית, התשמ"ח-1988, שנכנס לתוקפו ב-10 בינואר 2019.⁹ תיקון זה מכיר למעשה ב"מונופול התנהגותי", היינו גוף שמחזיק ב"כוח

7 ודוק, ראיונות אלה, הגם שבוצעו מול צד "מעוניין בדבר", מצדיקים התייחסות רצינית ובחינה מעמיקה, ולו כדי ליישר קו עם מדינות אירופה וארצות הברית שהתמודדו גם הן עם טענות דומות.

8 עיקרי הראיונות יובאו להלן בפרק ב.

9 חוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 21), התשע"ט-2019, ס"ח 246 (להלן: תיקון 21).

שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם¹⁰ שאינו כפוף לריסון מספק מצד השוק.¹¹ ניתוח אקדמי של ההסדר ביחס להפעלת כוחה של YouTube בשוק המוזיקה הדיגיטלי בישראל מצביע על סיווגה האפשרי כמונופול התנהגותי. קביעה כאמור מחייבת כמובן חקירה עובדתית. משכך, ראוי כי רשות התחרות תפעיל את סמכויותיה ותמצה את אמצעי החקירה העומדים לרשותה לבחינה מעמיקה של הדברים, בפרט לאור צעדים דומים שננקטו באירופה ובארצות הברית ואשר נועדו לבחון את ההתנהלות השוקית של חברות ענק דוגמת YouTube במטרה לרסן את כוחן.¹²

סדר הטיעון במאמר הוא כדלקמן. **הפרק הראשון** הוא פוזיטיבי ומתאר את מערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף, תוך הצגת מאפייני הצדדים להסכם – YouTube כפלטפורמת תוכן וארגוני הניהול המשותף כמנהלים מנעד רחב של תכנים מוגנים בזכויות יוצרים. כמו כן, פרק זה מנתח את התמריצים הקיימים לשני הצדדים בקיומה של מערכת יחסים חוזית זו. **הפרק השני** הוא נורמטיבי ובוחר כיצד ניתן להחיל את הגדרות תיקון 21 על YouTube ועל התנהגותה כפי שזו באה לידי ביטוי במערכת היחסים החוזית כאמור. תיאור התנהגותה של YouTube בשוק המוזיקה בישראל מבוסס על ראיונות שקיימנו עם שחקנים שונים בשוק המוזיקה הישראלי וכן מקרים שפורסמו. פרק זה מדגים מדוע התנהגות זו עשויה לתמוך בסיווגה של YouTube כ"מונופול התנהגותי" על פי מבחני תיקון 21. **הפרק השלישי** מציג את הנפקות המשפטיות של החלת תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית על מערכת היחסים החוזית שבין ארגוני הניהול המשותף לבין YouTube. **לבסוף**, הסיכום מביא את המלצות המחקר, שעיקרן קריאה לרשות התחרות להתחיל בפעולות בדיקה ביחס לחברות ענק דיגיטליות.

10 ס' 26(א) לחוק התחרות הכלכלית. כן ראו ס' 26(ו) לחוק התחרות הכלכלית ("בסעיף זה, "אדם" – לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה").

11 רשות התחרות "גילוי דעת 2/19 של הממונה על התחרות 'אופן בחינת כוח שוק משמעותי'" 2-3 (מס' 501671, 21.7.2019) www.gov.il/he/departments/legalInfo/opinion2-19 (להלן: מסמך גילוי הדעת).

12 באירופה, המגמה מונהגת בעיקר על ידי הדירקטיבה האירופית מחודש אפריל 2019 The Digital Single Market Directive (להלן: הדירקטיבה), המעגנת כמה כלים להעצמת כוחם של בעלי זכויות יוצרים מחד גיסא ולריסון כוחן של הפלטפורמות ובראשן YouTube מאידך גיסא. ראו Directive (EU) 2019/790 of the European Parliament and of the Council of 17 April 2019 on Copyright and Related Rights in the Digital Single Market and Amending Directives 96/9/EC and 2001/29/EC, 2019 O.J (L 130). בארצות הברית, המגמה מונהגת בעיקר על ידי דיונים נרחבים ביחס לכוחן של החברות כאמור. בהקשר זה ראו US Congress Daily Suggest (July 29, 2020) 166, No. 134, D678, <https://bit.ly/35M337n>. כמו כן ראו את דו"ח הקונגרס האמריקאי שפורסם בעקבות דיונים אלה: the Subcommittee on Antitrust, Commercial and Administrative Law of the Committee on the Judiciary, *Investigation of Competition in Digital Markets: Majority Staff Report and Recommendations* (Oct., 2020) (להלן: *Digital Markets*).

א. היכרות עם הזירה הנחקרת: YouTube, ארגוני ניהול משותף והסכמי ההרשאה שביניהם

טרם בחינת כוח השוק של YouTube לאור תיקון 21, יש להציג את "הזירה הנחקרת" שבמסגרתה תבוצע בחינה זו. היכרות מעמיקה מקדימה עם הזירה הנחקרת ומאפייניה המרכזיים תניח את התשתית לקראת החלת תיקון 21 בענייננו.

לפיכך, פרק זה מתאר את מערכת היחסים החוזית שבין YouTube לארגוני הניהול המשותף בכל הנוגע להפצתן הדיגיטלית של יצירות מוזיקליות המוחזקות בידי בעלי זכויות יוצרים בישראל. לצורך כך, בראש ובראשונה, תבוצע היכרות עם הצדדים הקיימים במערכת היחסים החוזית כאמור. תחילה נציג את YouTube ואת סיווגה כפלטפורמה ובהמשך נציג את ארגוני הניהול המשותף, תפקידם ומאפייניהם – הכול תוך שימת דגש על היבטים משפטיים, כלכליים ותחרותיים. כמו כן, מאפייני ההסכמים המתגבשים בין שני צדדים חוזיים אלה יוצגו בהרחבה.

1. YouTube

בימינו, מוצרים ושירותים רבים קושרים יחד קבוצות שונות של אנשים.¹³ מוצרים או שירותים המקשרים בין קבוצות שונות של אנשים נקראים "פלטפורמות".¹⁴ כך, "פלטפורמה" היא מונח כלכלי המבטא מוצר או שירות שמטרתו המרכזית היא תיווך בין קבוצות שונות לצרכים כמו הצעת שירותים או מוצרים (למשל, חנות המקשרת בין יצרן לבין צרכן) או יצירת קשרים חברתיים (למשל, מועדון לילה המפגיש בין בלוינים), כשבמרבית המקרים מדובר ברצון הדדי של הקבוצות השונות להיפגש.¹⁵

פלטפורמות עשויות להופיע בתצורות שונות.¹⁶ ביחס לכך, קיימות שתי תצורות פעילות מרכזיות שחשוב להבחין ביניהן.¹⁷ התצורה הראשונה האפשרית של "פלטפורמות" היא **מפיצים (Resellers)**.¹⁸ מפיצים פועלים בדרך של רכישת מוצר או שירות מספק ומפיצים אותו לצרכן.¹⁹ כך, למשל, ב"עולם הפיזי", חנות מוצרי חשמל רוכשת מוצרי חשמל מיצרן מכשירי החשמל ומוכרת אותם לצרכנים. במידה רבה, מפיצים "מנתקים" את הקשר הישיר שבין הספק

Thomas Eisenmann, Geoffrey Parker & Marshall W. Van Alstyne, *Strategies for Two-Sided Markets*, 84 HARV. BUS. REV. 1, 2 (2006) 13

ש.ם. 14

David S. Evans, *Antitrust Issues Raised by the Emerging Global Internet Economy*, 102 (להלן: Evans, *Antitrust Issues*: (2008) Nw. U.L. REV. 285, 291) 15

Eisenmann, Parker & Van Alstyne, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2. 16

Herbert Hovenkamp, *Platforms and the Rule of Reason: The American Express Case*, 2019 COLUM. BUS. L. REV. 35, 84 (2019) 17

Maya Bacache-Beauvallet & Marc Bourreau, *Platforms*, in HANDBOOK OF CULTURAL ECONOMICS 421, 423 (Ruth Towse & Trilce Navarrete eds., 3rd ed. 2020) 18

ש.ם. 19

לבין הצרכן בכך שהם עצמם מתקשרים עם כל אחד בנפרד.²⁰ בנוסף ל"מפיצים", קיימת תצורת פלטפורמות נוספת – פלטפורמות דו-רוב-צידיות (Two/Multi-Sided Market Platforms).²¹ בניגוד ל"מפיצים" ה"מנתקים" את הקשר בין הצרכנים לבין הספק (ופועלים באופן ישיר מול כל אחד מהם), פלטפורמות רב-צידיות משמשות בעיקר כחוט מקשר המפגיש בין קבוצות המשתמשים/צרכנים, מעין נקודת מפגש בין הקבוצות.²² לדוגמה, בעולם ה"פיזי", קניון משמש כפלטפורמה המקלה את המפגש בין חנויות לבין צרכנים.

חרף העובדה שפלטפורמות, על תצורתיהן השונות, החלו דרכן בעולם ה"פיזי", בחלוף הזמן החלה מגמה שבמסגרתה המונח "פלטפורמה" נקשר בסביבה הדיגיטלית.²³ אחד האותות הראשונים למגמה זו ניתן באמצע שנות התשעים, כשחברת Microsoft תיארה את מערכת ההפעלה שהיא יצרה (Windows) כ"פלטפורמה דיגיטלית" המקשרת בין חומרת/תוכנות מחשב לבין משתמשי קצה.²⁴ לפלטפורמות דיגיטליות כמה הגדרות אפשריות.²⁵ עם זאת, נדמה כי הגדרה אחת תואמת באופן ההולם ביותר פלטפורמות אינטרנטיות-מקוונות. המלומד דייוויד אוואנס (David S. Evans) הציע לסווג פלטפורמות הפועלות באינטרנט כ- Web Platforms שאותן הגדיר כך: "entities that provide software and services on which other businesses rely to produce complementary products".²⁶ במילים אחרות, פלטפורמה מקוונת היא מרחב וירטואלי מבוסס קוד שעליו נסמכות קבוצות שונות (בהגדרתו של אוואנס, "עסקים") כדי לספק מוצרים.²⁷ כך, רוכלים יכולים להציע את מרכולתם לצרכנים בפלטפורמה

20 בהקשר זה ראו Hovenkamp, לעיל ה"ש 17 (Netflix or Amazon are themselves the sellers, so) there are not two sides of the market to define but only a seller on one side and a buyer on the other side, as with any market".

21 פלטפורמה תוגדר כ"דו-צידית" או כ"רב-צידית" בהתאם למספר קבוצות המשתמשים שביניהן היא מקשרת. בהקשר זה ראו Bacache-Beauvallet & Bourreau, לעיל ה"ש 18, בעמ' 421.

22 ש.ם.

23 Eisenmann, Parker & Van Alstyne, לעיל ה"ש 13, בעמ' 2
 24 MARIA ERIKSSON ET AL., SPOTIFY TEARDOWN: INSIDE THE BLACK BOX OF STREAMING MUSIC
 DAVID S. EVANS, ANDREI HAGIU & RICHARD SCEMALENSE, INVISIBLE ENGINES: HOW SOFTWARE PLATFORMS DRIVE INNOVATION AND TRANSFORM INDUSTRIES 2 (2019).
 25 Martens Bertin, An Economic Policy Perspective on Online Platforms (JRC/IPTS Digital Economy, Working Paper No. 2016-05, 2016), <https://ec.europa.eu/jrc/sites/default/files/JRC101501.pdf>. ראו גם Howard A. Shelanski, *Information, Innovation, and Competition Policy for the Internet*, 161 U. PA. L. REV. 1663, 1665 (2013); Laurence Meyer, *Digital Platforms: Definition and Strategic Value*, 38 COMM. & STRATEGIES 127, 135–136 (2000); Peter Bendor-Samuel, *What is a Digital Platform?*, THE ENTERPRISERS PROJECT 127 (Dec. 27, 2018), <https://enterprisersproject.com/article/2018/12/what-digital-platform>.

26 Evans, *Antitrust Issues*, לעיל ה"ש 15.

27 Eva Inés Oberfell & Alexander Thamer, *(Non-)regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview of the State of Play*, 12 J. INTELL. PROP. L. PRAC. 435 (2017).

המוכרת eBay (מעין "קניון" מקוון); וכן בענייננו, יוצרים ובעלי זכויות יוצרים יכולים להנגיש את יצירותיהם ב-Youtube לצרכני מוזיקה.²⁸ לפיכך, ניתן לומר כי ל"פלטפורמה מקוונת" יש שני אלמנטים מרכזיים – האלמנט הטכנולוגי (הממשק המורכב מקוד תוכנה) והאלמנט המסחרי (המוצר/השירות הנסחרים, למשל על ידי רוכלים ורוכשים, באותו ממשק טכנולוגי).²⁹ האינטרנט ומגמת הדיגיטציה גרמו אפוא לתמורות בתחומים מסורתיים המוכרים מהעולם ה"פיזי", וביניהם בתחום הפלטפורמות.³⁰ תמורות אלה באו לידי ביטוי גם בכל הקשור לצריכת יצירות מוזיקליות והתפתחותן של פלטפורמות לצריכת מוזיקה.³¹ כך, בתקופתנו, ניתן לומר שאחת הדרכים המרכזיות וזו הממשיכה לתפוס תאוצה לצריכת מוזיקה היא באמצעות שירותים מקוונים שונים,³² הניתנים לסיווג בעיקר על בסיס התצורות השונות של ה"פלטפורמות" כפי שפורטו לעיל.

סוג ראשון של שירות מקוון לצריכת מוזיקה הוא שירותי הזרמת מוזיקה (Streaming Music Services) (להלן: שירותי מוזיקה מקוונים). שירותים אלה, במידה רבה, נחשבים כפלטפורמות במשמעות של "מפיצים" כאמור.³³ שירותי מוזיקה מקוונים מגבשים עם בעלי זכויות יוצרים

- 28 Evans, *Antitrust Issues*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 292.
- 29 ראו ERICSSON ET AL., לעיל ה"ש 24, בעמ' 12–13 (At the same time, a platform using the social web is also a business and therefore should be described in terms of business model and pricing structures, according to this view. Abstracting a conceptual model from Facebook, Apple, Amazon, and Google, for instance... Anne Helmond adopts a 'techno-economic outlook' on Facebook in order to examine how its 'technical architecture' links to (an 'economic model')").
- 30 Irina Eidsvold-Toien, *What Now – The Impact of Digitization on the Norwegian Music Industry – English Summary*, Originally Published by the Norwegian Ministry of Culture 9 (2019) <https://bit.ly/3vOHRp>.
- 31 Miroslav Skoro & Ante Raou, כן ראו Elkin-Koren, Nahmias & Perel Roncevic, *The Music Industry in the Context of Digitization*, in ECONOMIC AND SOCIAL DEVELOPMENT: BOOK OF PROCEEDINGS 279 (2019).
- 32 בהקשר זה ראו חברת בוק דו"ח החיים הדיגיטליים של חברת בוק לשנת 2018, 22 (2018) <https://bit.ly/3d3e73R> (להלן: דו"ח בוק 2018). על פי אותו דו"ח המתמקד בישראל, החל משנת 2013 ועד שנת 2018 ניתן לראות צניחה שיטתית בצריכת מוזיקה באמצעות דיסקים, רדיו וערוצי מוזיקה וגדילה מנגד בהאזנה למוזיקה באמצעות שירותים מקוונים שונים ובעיקר באמצעות YouTube. כן ראו The Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market COM/2016/0593 final – presented on 14 September 2016 by the European Commission (COD) 2016/0280. ראו גם Eidsvold-Toien, לעיל ה"ש 30, בעמ' 9; Elkin-Koren, Nahmias & Perel, לעיל ה"ש 1, בעמ' 26; STAN J. LIEBOWITZ, ECONOMIC ANALYSIS OF SAFE HARBOR; PROVISIONS (2018), <https://doi.org/10.2139/ssrn.3143811>. ראו גם דו"חות של IFPI (International Federation of the Phonographic Industry), העוסקים באופן התפתחות צריכת המוזיקה בעולם: The IFPI Global Music Report 2019 (Apr. 2, 2019), <https://ifpi.org/news/IFPI-GLOBAL-MUSIC-REPORT-2019>; IFPI Music Listening 2019 Report 12–17 (Sep. 24, 2019), <https://www.ifpi.org/downloads/Music-Listening-2019.pdf>.
- 33 בהקשר זה ראו Bacache-Beauvallet & Bourreau, לעיל ה"ש 18, בעמ' 423. כן ראו "אילו סוגי מינויים אתם מציעים?" מתוך אתר Spotify, <https://bit.ly/3qgRXk4>, (נצפה לאחרונה בפברואר 2020).

הסכמי הרשאה המאפשרים להם להעמיד לרשות הציבור יצירות מוזיקליות מוגנות. את היצירות המוזיקליות, שירותי המוזיקה המקוונים מסדרים ומקטלגים בממשק הנוח למשתמש ומוכרים מנויי צריכת מוזיקה גורפים (Bundle Subscription) למשתמשי הקצה תמורת דמי מנוי (Subscription Fee).³⁴ במילים אחרות, לא היצירות המוזיקליות עצמן נסחרות, אלא המנויים לשירותי המוזיקה המקוונים.³⁵ דוגמאות לשירותי מוזיקה מקוונים הם Apple Music, Spotify ו-Deezer.³⁶

מנגד, קיימים "גורמי ביניים אינטרנטיים מבוססי תוכן משתמשים" הפועלים לרוב בתצורה של פלטפורמות רב-צידיות כאמור (להלן: פלטפורמות-תוכן).³⁷ דוגמה לפלטפורמת-תוכן היא YouTube.³⁸ לצורך ההבחנה, ההבדל המרכזי בין YouTube לבין Spotify (שכאמור, משמשת כ"מפצה") הוא העובדה שבעוד ש-Spotify היא שמנגישה באופן ישיר את התכנים עבור רוכשי המנויים, YouTube היא פלטפורמה המבוססת על תכנים המועלים על ידי גורמים שלישיים.³⁹

את מקורות התוכן המוזיקליים ב-YouTube ניתן לסווג לשני מקורות מרכזיים.⁴⁰ מקור תוכן ראשון הוא משתמשי הקצה, שמספקים ברוב המקרים תוכן חובבני, דוגמת סרטונים ביתיים. כך, משתמש קצה יכול להעלות סרטון ביתי של מסיבת יום ההולדת של בתו הכולל יצירות מקוריות שלו. הסרטון גם עלול להכיל קטע מוזיקה המוגן בזכויות יוצרים. קטגוריה זו היא הקטגוריה העיקרית שעלולה ליצור בעיות בכל הנוגע להפרה של זכויות יוצרים (לצורך מאמר זה מקור תוכן זה יוגדר: "משתמשי הקצה").⁴¹ מקור תוכן מרכזי נוסף ב-YouTube הוא "ערוצי אומן רשמיים" (Official Artist Channels).⁴² כדי להיכלל בקטגוריה זו יש לעמוד בכמה תנאים

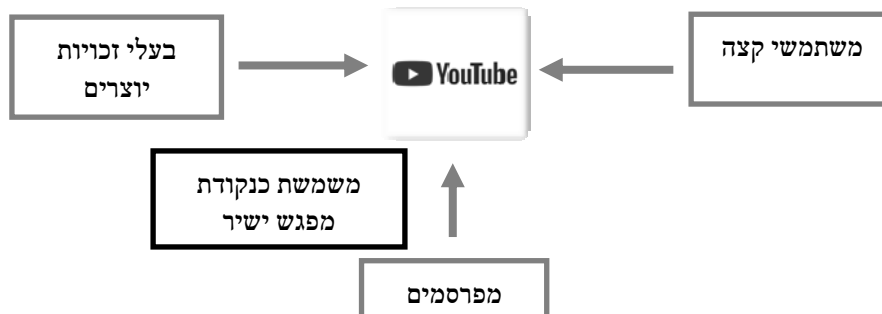
- Rasmus Fleischer, *If the Song has No Price, is it Still a Commodity? Rethinking the* 34
Commodification of Digital Music, 9 CULTURE UNBOUND 146, 154 (2017). ראו גם
 Hovenkamp, לעיל ה"ש 17, בעמ' 83–84.
 Fleischer, לעיל ה"ש 34, בעמ' 154. 35
 דניס ויטצ'בסקי "תיבות נגינה: השווינו בין שירותי הסטרימינג בישראל" *Ynet – Digital* 36
www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5647511,00.html (24.12.2019).
 Jean-Charles Rochet & Jean Tirole, *Two-Sided Markets*; 154 בעמ' 34, Fleischer 37
A Progress Report, 35 RAND J. ECON. 645, 646 (2006); Richard Schmalensee & David S.
 Evans, *Industrial Organization of Markets with Two-Sided Platforms*, 3 COMPETITION POL'Y
 INT'L 150, 153 (2007).
 Social Video Platform Usage Distribution Category in the Built with Company Website, 38
<https://trends.builtwith.com/media/social-video-platform>.
 Fleischer, לעיל ה"ש 34, בעמ' 153–154. 39
 Robyn Caplan & Tarleton Gillespie, *Tiered Governance and* 40
Demonetization: The Shifting Terms of Labor and Compensation in the Platform Economy,
 6 SOC. MEDIA & SOC'Y 1 (2020).
 יש לציין כי מקורות התוכן יכולים גם לצרוך תוכן. עם זאת, ככל הנראה יש להחשיב את משתמשי 41
 הקצה כקבוצה המרכזית הצורכת תוכן ב-YouTube.
 Introduction to Official Artist Channels in YouTube Help, <https://support.google.com/youtube/answer/7336634?hl=en> 42

שאותם YouTube מציבה.⁴³ התנאי הראשון והמרכזי הוא: “[to] Own and operate a YouTube channel that represents one artist or band”⁴⁴. קטגוריה זו מתמקדת אפוא באומנים מקוריים, מוכרים ו"רשמיים" מתחום המוזיקה (להקות וזמרים) (לצורך מאמרנו, העוסק בתעשיית המוזיקה הישראלית, מקור תוכן זה יוגדר כ"בעלי זכויות היוצרים" או כ"ארגוני הניהול המשותף" – כתלות בהקשר).

איור 1: מבנה פעילות כללי של Spotify



איור 2: מבנה פעילות כללי של YouTube



43 לפירוט התנאים ראו Introduction to Official Artist Channels in YouTube Help, <https://support.google.com/youtube/answer/7336634?hl=en>.

44 Introduction to Official Artist Channels in YouTube Help, <https://support.google.com/youtube/answer/7336634?hl=en>. בהקשר זה ניתן להזכיר מקור תוכן אפשרי נוסף והוא "ערוצים מאומתים" ("Verified Channels"). בניגוד ל-Official Artist Channels המתמקדים באומנים מתחום המוזיקה בלבד, קטגוריה זו נוגעת גם ליוצרים בעלי 100,000 עוקבים שאינם בהכרח מתחום המוזיקה ואשר יוצרים תוכן מקורי. בהקשר זה ראו Verification Badges on Channels in YouTube Help, <https://support.google.com/youtube/answer/3046484?hl=en>. כך ראו Stuart Cunningham & David Craig, *Creator Governance in Social Media Entertainment*, 5 Soc. MEDIA & Soc'y 1, 2 (2019).

2. ארגוני הניהול המשותף

ארגונים לניהול משותף ניתנים לסיווג בצורה גסה על פי שתי קטגוריות מרכזיות. **הקטגוריה הראשונה** היא "אגודות המייצגות בעלי זכויות יוצרים במוצר מוגמר" (תקליטים, קלטות וכו').⁴⁵ לדוגמה: הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות;⁴⁶ והפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (הפי"ל).⁴⁷ **הקטגוריה השנייה** היא "אגודות המייצגות סקטור מסוים של יוצרים או מבצעים המספקים תשומה יצירתית – אחת מבין כמה (למשל מילים, לחן וכו') – המשמשות את המוצר המוגמר".⁴⁸ לדוגמה, אגודת הקומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (אקו"ם),⁴⁹ או חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל בע"מ (תל"י).⁵⁰

ברוב המקרים,⁵¹ מי שינהל בשם בעלי זכויות היוצרים הראשונים את המשא ומתן לגיבוש הסכם ההרשאה מול גופים הדורשים רישיונות,⁵² ובענייננו, מול YouTube, יהיו ארגוני ניהול משותף של זכויות.⁵³ הסיבה לכך נעוצה במהותם של הארגונים לניהול משותף. הבעלים הראשונים של זכות היוצרים (על פי סקטור) מעבירים את זכות היוצרים לבעלות ארגון הניהול

45 פסח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 627.

46 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ מאגדת חברות מקומיות וזרות שהעבירו לה בהסכמים שונים את הזכות לייצג לצורך מתן רישיונות. הפדרציה משמשת למעשה כ"ארגון גג" של חברות התקליטים לצורך מתן רישיונות להשמעה פומבית ולשידור של מוזיקה מוקלטת וגביית התמלוגים בעבור הרישיונות האלה. על אודות הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות. ראו <https://bit.ly/3xGaYij>.

47 הפי"ל, חברה שהוקמה במטרה לייצג את המפיקים העצמאיים וחברות תקליטים, להגן על הקלטותיהם המוזיקליות, לוודא כי זכויות היוצרים שלהם נשמרות ולהבטיח את גביית התמלוגים עבור השימוש ביצירותיהם. על אודות הפי"ל ראו www.pil.org.il/.

48 פסח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 622.

49 תפקידה של אקו"ם, בין היתר, הוא לשמור על זכויות היוצרים בלמעלה משני מיליון יצירות ולייצג מיליוני יוצרים – מלחינים, פזמונאים, משוררים, סופרים, מו"לים למוזיקה, מעבדים ומתרגמים בארץ ובעולם. ראו על אודות אקו"ם באתר האינטרנט שלה: <https://bit.ly/3gRI1JI>.
50 תל"י היא חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל. החברה מייצגת את זכויות הביצוע הפומבי, זכויות ההשכרה, זכויות העמדה לרשות הציבור וזכויות השידור של יצירות חברה, גובה תמלוגים עבור השימוש ביצירות בתחומי מדינת ישראל ומחלקת אותם בין חברה בהתאם לשימוש שנעשה ביצירות החברים. על אודות תל"י ראו <https://bit.ly/3gRVRLV>.

51 לא כל ארגוני הניהול המשותף עוסקים במתן רישיונות ל-YouTube. הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ אינה מעניקה רישיונות ל-YouTube, ומי שעושה זאת בפועל הוא חברות התקליטים עצמן. בהקשר זה ראו "סקירה משפטית" באתר הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ: <https://bit.ly/3d28Ppc>. כן ראו בהקשר זה טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 949 (מהדורה שנייה, 2008).

52 להגדרתם של בעלי זכויות היוצרים הראשונים ראו לעיל ה"ש 6.

53 כן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 557 ("בפועל, הסכמים בין משתמשים ובין בעלי הזכויות היחידים הם נדירים. בדרך כלל המשתמשים נושאים ונותנים, מקבלים רישיונות ומשלמים תמלוגים לתאגידים לניהול משותף הפועלים בשמם של בעלי זכויות רבים, לרוב בשמם של כלל בעלי הזכויות במדינה או מרביתם"). כן ראו ס' 33 לחוק זכות יוצרים, המגדיר את "הבעלים הראשון" של זכות היוצרים; ס' 37(ב) לחוק זכות יוצרים; ס' 3 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים; פסח, לעיל ה"ש 4.

המשותף או מסמיכים אותו לצורך ניהול זכויות היוצרים שלהם.⁵⁴ כפי שיוצג בהמשך בהרחבה, לאור העובדה שארגוני הניהול המשותף אוהזים בסמכות לנהל מנעד רחב במיוחד של תכנים מוגנים, הם מביאים לחיסכון בעלויות עסקה.⁵⁵ בנוסף, ארגוני הניהול המשותף מייעלים את הליך גביית התמלוגים עבור המיוצגים שלהם, אשר מופקים מגיבוש הסכמי רישיונות אלה.⁵⁶ לאור זאת, וחרף הסתייגויות שעלו בשנים האחרונות בדבר נחיצותם של ארגוני ניהול משותף (כמו גם בדבר יתר התארגנויות וגופים מסורתיים בתעשיית המוזיקה),⁵⁷

- 54 הדבר מתאפשר לאור ס' 37(ב) לחוק זכות יוצרים ("העברת זכות היוצרים או מתן הרישיון, כאמור בס"ק (א), יכול שיהיו לגבי זכות היוצרים, כולה או חלקה, וניתן להגבילם למקום מסוים, לתקופה מסוימת או לעשיית פעולה מסוימת ביצירה").
- 55 ה"ע (מחוזי י-ם) 8178-01-15 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פס' 42–44 (פורסם בנבו, 11.1.2017) (להלן: פרשת הפדרציה לתקליטים). ראו גם SEBASTIAN FELIX SCHWEMER, LICENSING AND ACCESS TO CONTENT IN THE EUROPEAN UNION: REGULATION BETWEEN COPYRIGHT AND COMPETITION LAW 43 (2019). כן ראו גרינמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 919.
- 56 ע"א 5365/11 **אק"ם בע"מ – אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing ltd** (פורסם בנבו, 3.9.2013) (להלן: פרשת אק"ם נ' emi).
- 57 יצוין כי בשנים האחרונות נשמעות טענות בדבר חשיבותן הדועכת של התאגדויות יוצרים על תצורותיהן השונות (חברות תקליטים, ארגונים לניהול משותף וכיוצא בזה), זאת לנוכח הכלים שמציעות פלטפורמות-התוכן ליוצרים והמאפשרים להם התנהלות עצמאית וזולה יותר בכל הקשור להפצת יצירותיהם. כלים אלה לכאורה מחליפים את ההתארגנויות כאמור. ביחס לטענות בדבר נחיצותם הפוחתת של ארגוני הניהול המשותף בעידן האינטרנטי ראו כץ, לעיל ה"ש 5; פסח, לעיל ה"ש 4. עוד ראו בהקשר זה Yee Wah Chin, *Copyright Collective Management in the Twenty-First Century from a Competition Law Perspective*, in THE EVOLUTION AND EQUILIBRIUM OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE 269, 277 (Susy Frankel & Daniel Gervais Marshall II eds., 2014). ראו גם Elkin-Koren, Nahmias & Perel, eds., 26, *בעמ' 1*, לעיל ה"ש 26; Heins, *Going Viral: How Popular Musicians Have Adapted to the Delayed Benefits of Copyright Protection*, 55 HOUS. L. REV. 821, 827 (2018); Lital Helman, *When Your Recording Agency Turns into an Agency Problem: The True Nature of the Peer-to-Peer Recording Agency Turns into an Agency Problem: The True Nature of the Peer-to-Peer Recording Agency Turns into an Agency Problem*, 50 J. L. & TECH. 49 (2009) *Debate*; הלמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 613. כך או כך, גם אם טענות אלה נכונות, נדמה שהתארגנויות אלה, ובייחוד ארגוני הניהול המשותף, תופסות משבצת חשובה חדשה בעידן האינטרנטי – הפחתת פערי הכוחות בין היוצרים כ"בודדים" לבין הפלטפורמות בכל הקשור לניהול מערכות יחסים חוזיות בין צדדים אלה. התנהלות עצמאית של יוצרים עלולה להביא הן לכך שהם יישאו ויתנו עם פלטפורמות-תוכן במעמד מיקוח נחות. במקביל, נטישת התאגדויות כאמור מצד יוצרים יכולה להביא להחלשת כוח המיקוח של ההתאגדויות עצמן מול פלטפורמות התוכן. בהקשר לכך ראו מחקר המראה כי כוח המיקוח של יוצרים עצמאיים הוא חלש יותר משל אלה המאוגדים, ולכן הם זוכים לתגמולים נמוכים יותר: MARTIN KRETSCHMER, SUKHPREETY SINGH, LIONEL BENTLY & ELENA COOPER, COPYRIGHT CONTRACTS AND EARNINGS OF VISUAL CREATORS: A SURVEY OF 5,800 BRITISH DESIGNERS, FINE ARTISTS, ILLUSTRATORS AND PHOTOGRAPHERS (2011). כן ראו בהקשר Ingo Brinker, *Competition Law and Copyright: Observations from the World of Collecting Societies*, in COMPETITION LAW AND INTELLECTUAL PROPERTY: A EUROPEAN PERSPECTIVE 203 (Giandonato Caggiano, Gabriella Muscolo & Marina Tavassi eds., 2012). כן ראו Martin Senftleben, *More Money for Creators and More Support for Copyright in Society – Fair Remuneration Rights in Germany and the Netherlands*, 41 COLUM. J.L. & ARTS 413, 421

רבים עדיין מסכימים כי ארגונים לניהול משותף מהווים כורח שבלעדיו לא ניתן יהיה לנהל באופן יעיל את זכויות היוצרים וכי קיומם מלווה ביתרונות רבים כאמור.⁵⁸ ולראיה, רשות התחרות מאפשרת את פעילותם של ארגוני הניהול המשותף על אף החשש שהם מעלים ביחס לעקרונות דיני ההגבלים העסקיים.⁵⁹

למעשה, הספרות והדין הישראליים הצביעו על כמה אופנים שבהם ארגוני ניהול משותף עלולים לפגוע בעקרונות דיני ההגבלים העסקיים.⁶⁰ אחד האופנים האלה נוגע לכך שארגוני הניהול המשותף עלולים לנצל את מעמדם בכל הקשור למכירת רישיונות גורפים במסגרת היחסים החוזיים שבינם לבין דורשי הרישיונות (ובענייננו, YouTube).⁶¹ למשל, כאשר מדובר

(2018). לפיכך, אין זה פלא שחורף הטענות בדבר חשיבותן הדועכת של התאגדויות שונות של יוצרים, הן ממשיות לפעול ומתרבות. לדוגמה עדכנית לכך (שלא מתעשיית המוזיקה) ראו נתי טוקר "לראשונה: יצרני התוכן המקומיים מתאגדים למאבק בגוגל ופייסבוק" *TheMarker* NMC רוצים בים מספוטיפיי "כלכליסט" (2.1.2020) www.themarker.com/advertising/1.9078521 (17.8.2020). כן ראו אביאור אבו "עומר אדם ו- www.calcalist.co.il/marketing/articles/ (2.1.2020) www.calcalist.co.il/marketing/articles/0.7340,L-3776902,00.html

58 בהקשר זה ראו דבריו של כב' השופט עדיאל כבר בשנת 2004 בפרשת ה"ע (מחוזי י-ם) 3574/00 **הפדרציה למוזיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים**, פס' 54 לפסק דינו של השופט עדיאל (פורסם בנבו, 29.4.2004) (להלן: פרשת **הפדרציה למוזיקה ים תיכונית**). ("היתרון העיקרי הכרוך בהסדר הכובל שלפנינו מבחינת הציבור, הוא שההסדר מהווה כלי חיוני באכיפת זכויות היוצרים. בעניין זה מקובלת עלינו טענות המבקשות, כי ניהול משותף של זכויות היוצרים הנה הדרך האפקטיבית היחידה לאפשר השמעות פומביות חוקיות של רשומות הקול המוגנות ולאכופ את זכויותיהם של בעלי זכות ההשמעה ביצירות"). דברים אלה נכונים במיוחד במרחב האינטרנט המבוזר; ה"ע (מחוזי י-ם) 705-07 **הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים**, פס' 12 לפסק דינה של השופטת בזק-רפפורט ("כשלעצמי מוצאת אני את עיקר מעלתו של ההסדר הנדון בהיותו הדרך האפקטיבית היחידה למימושן החוקי של זכויות יוצרים ברשומות קול, זכויות אשר הדין מכיר בהן ומעודדן"). כן ראו כץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 561; *WIPO Good Practice Toolkit for CMOs (The Toolkit): Working Document 6* (2018), https://www.wipo.int/edocs/pubdocs/en/wipo_pub_cr_cmotoolkit.pdf

59 פרשת **הפדרציה לתקליטים**, לעיל ה"ש 55, פס' 45-63; רע"א 6141/02 **אקו"ם בע"מ, אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל נ' תחנת השידור גלי צה"ל**, פ"ד נז(2) 625, 629 (2003) ("ארגונים כאלה, שהיוצרים החברים בהם מעבירים לידיהם חלק מזכויותיהם ביצירה, זכו להכרה בדיני זכויות היוצרים על בסיס ההבנה כי בפועל, ללא קיומם יכולתו של היוצר היחיד להגן על זכותו ביצירה נפגעת במידה ניכרת עד כדי היותה מוטלת בספק"). ראו גם כץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 561.

60 שם. ראו גם William M. Landes, *Harm to Competition: Cartels, Mergers, and Joint Ventures*, in *ANTITRUST POLICY IN TRANSITION: THE CONVERGENCE OF LAW AND ECONOMICS* 632 (1984). ראו גם, למשל, פרשת **הפדרציה לתקליטים**, לעיל ה"ש 55; ה"ע (מחוזי י-ם) 1499-02-15 **הפדרציה למוסיקה ישראלית וים תיכונית בע"מ (הפיי"ל) נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (פורסם באתר רשות התחרות, 11.1.2017) (להלן: פרשת **הפיי"ל**).

61 פרשת **הפדרציה לתקליטים**, לעיל ה"ש 55, פס' 45; יצוין כי חרף ס' 3(2) לחוק התחרות הכלכלית, הקובע כי "לא ייחשבו כהסדרים כובלים ההסדרים הבאים: הסדר שכל כבילותיו נוגעות לזכות השימוש באחד הנכסים הבאים: פטנט, מדגם, עיצוב, סימן מסחרי, זכות יוצרים, זכות מבצעים או זכות מטפחים". הפסיקה קבעה כי ההסדר המתקיים תחת פעילותם של ארגוני הניהול המשותף אינו חוסה בצילו של הפטור הקבוע בס' 3(2) לחוק. בהקשר זה ראו פרשת **הפדרציה למוזיקה ים תיכונית**, לעיל ה"ש 58, פס' 21, 46.

בארגון לניהול משותף המאגד מנעד רחב של יוצרים ויצירות, מתעורר החשש כי בידי הארגון יהיה כוח שוק ניכר שאותו יוכל לנצל כדי לדרוש תמלוגים בשיעור על-תחרותי או לחלופין לנצל את כוחו לרעה באופנים אחרים⁶² – כידוע, חשש זה מבטא את "סימן ההיכר של קרטל מוצלח"⁶³.

המפגש בין יתרונות רבים ומגוונים לבין החששות מפני פגיעה אפשרית בעקרונות דיני ההגבלים העסקיים הציב בפני רשויות התחרות ברחבי העולם אתגר מיוחד. בשל אתגר ייחודי זה, רשויות התחרות וקובעי מדיניות בעולם בחרו בגישה של אימוץ מודל הארגונים לניהול משותף תוך הטלת פיקוח על פעילותם לצורך איזון כוחם.⁶⁴ גם רשות התחרות הישראלית (כתוארה היום) וקובעי המדיניות בישראל בחרו בגישה דומה.⁶⁵ כך, הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות והפי"ל קיבלו אישור לרישום "הסדר כובל" על פי סעיף 7 לחוק התחרות הכלכלית,⁶⁶ ופועלים תחת תנאים ומגבלות שהותוו על ידי בית הדין לתחרות.⁶⁷ בנוסף, אקו"ם ותל"י קיבלו פטור מקבלת אישור להסדר כובל מכוח סעיף 14 לחוק התחרות הכלכלית וגם הם פועלים תחת תנאי פעילות ומגבלות שהתוו על ידי הממונה על התחרות.⁶⁸ תנאי הפעילות המוטלים על ארגוני הניהול המשותף מנסים לאזן את כוחם ביחס לשתי מערכות חוזים – הן מול המיוצגים שלהם והן מול דורשי רישיון.⁶⁹ למעשה, בכל הקשור לאסדרת מערכת היחסים

62 כן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 561; גרינמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 925–931. ראו גם פרשת הפי"ל, לעיל ה"ש 60, פס' 45, 53.

63 כן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 561.

64 גרינמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 931–932 ("בית הדין מצא כי יתרונותיו של ההסדר הכובל טמונים בכך שהוא מספק מכשיר חיוני לאכיפת זכויות היוצרים, מביא לחיסכון בעלויות, מגביר את התפוקה, מקל על הנגישות ליצירות ומייעל את השימוש במאגרי היצירות המוגנות. בית הדין סבר כי היתרונות האמורים גוברים על החסרונות שבכבילה, שהן רכישת כוח שוק שניתן לניצול לרעה, קשייה הכרוכה בכפיית המשתמש לרכוש זכויות שימוש ביצירות רבות שאין הוא זקוק להן, ובעיקר – תיאום מחירים. בית הדין סבר כי בעזרת התנאים שבהם התנה את ההיתר ניתן לרסן את כוח השוק של התאגיד, ובכך נוטרלו החסרונות במידה רבה"). לסקירה של המודלים השונים של ארגונים מייצגים במדינות השונות ראו Daniel Gervais, *Collective Management of Copyright and Related Rights*, Kluwer Law International (2010). כן ראו Handke & Ruth Towse, *Economics of Copyright Collecting Societies*, 38 INT'L REV. INTEL. PROP. & COMPETITION L. 937, 942 (2008).

65 כן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 559.

66 פרשת הפדרציה לתקליטים, לעיל ה"ש 55; פרשת הפי"ל, לעיל ה"ש 60.

67 ביחס לתנאי פעילותה של הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ ראו <https://bit.ly/3xN3ESm>; ביחס לתנאי הפעילות של הפי"ל ראו www.pil.org.il/pdf/term2016.pdf.

68 ביחס להחלטת הפטור ותנאי הפעילות של אקו"ם ראו החלטות פטור אקו"ם, לעיל ה"ש 4; ביחס להחלטת הפטור ותנאי הפעילות של תל"י ראו החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישור הסדר כובל בין תל"י חברת התמלוגים של יוצרי הקולנוע והטלוויזיה בישראל ובעלי הזכויות החברים בה (29.5.2019).

69 Handke & Towse, לעיל ה"ש 64, בעמ' 941 (Economic arguments for regulating collecting societies include the need to limit the market power of monopolistic societies vis-à-vis users as well as new members). כן ראו Stanley M. Besen, Sheila N. Kirby & Steven C. Salop, *An Economic Analysis of Copyright Collectives*, 1 VA. L. REV. 383 (1992). להרחבה

החוזית מול דורשי הרישיון, ובחפיפה כלשהי לסעיפים 29 ו-29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית,⁷⁰ תנאי הפעילות מתווים את אופן פעילותם ומרסנים את כוחם של ארגוני הניהול המשותף, לרבות בכל הקשור לסירוב בלתי סביר להעניק רישיון;⁷¹ הצעת תנאי הסכם רישיון הוגנים;⁷² קביעת שיעור תמלוגים הוגנים;⁷³ הגבלת אופן נקיטת הליכים משפטיים;⁷⁴ ומתן גישה למידע על אודות היצירות המנוהלות.⁷⁵

3. הסכמי הרשאה: מתכונתם והתמריצים לגיבושם

YouTube וארגוני הניהול המשותף מקיימים ביניהם מערכת יחסים חוזית. מערכת יחסים חוזית זו מבוססת על הסכמי הרשאה המאפשרים ל-YouTube להשאיר בתחומה יצירות מוזיקליות המוגנות בזכויות יוצרים. להלן יוצגו מאפייניהם של הסכמי הרשאה אלה, לרבות מתכונתם, וכן יודגשו התמריצים המרכזיים לגיבושם.

(א) מתכונתם של הסכמי הרשאה: רישיונות שמיכה

הסכמי הרשאה המתגבשים בין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף מעוצבים לרוב במתכונת של "רישיונות שמיכה" (Blanket License).⁷⁶ רישיונות שמיכה משמשים כרישיונות גורפים תקופתיים המקנים ל-YouTube זכויות שימוש מסוימות במנעד רחב של יצירות מוגנות.⁷⁷

- נוספת על אודות המערכות החוזיות ראו Lucie Guibault & Stef van Gompel, *Collective Management in the European Union*, KLUWER L. INT'L, 139, 144–157 (2010)
- 70 ס' 29 לחוק התחרות הכלכלית קובע: "לא יסרב בעל מונופולין סירוב בלתי סביר לספק או לרכוש את הנכס או השירות שבמונופולין"; ס' 29א(ב) לחוק התחרות הכלכלית קובע כי "יראו בעל מונופולין כמנצל לרעה את מעמדו בשוק באופן העלול להפחית את התחרות בעסקים או לפגוע בציבור, בכל אחד מן המקרים האלה: (1) קביעה של רמת מחירי קניה או מכירה בלתי הוגנים של הנכס או של השירות שבמונופולין; (2) צמצום או הגדלה של כמות הנכסים או היקף השירותים המוצעים על ידי בעל מונופולין, שלא במסגרת פעילות תחרותית הוגנת; (3) קביעת תנאי התקשרות שונים לעסקות דומות אשר עשויים להעניק ללקוחות או לספקים מסוימים יתרון בלתי הוגן כלפי המתחרים בהם; (4) התניית ההתקשרות בדבר הנכס או השירות שבמונופולין בתנאים אשר מטבעם או בהתאם לתנאי מסחר מקובלים אינם נוגעים לנושא ההתקשרות".
- 71 ראו למשל ס' 4.3 לתנאי הפעילות של אקו"ם.
- 72 ראו למשל ס' 4.5 לתנאי הפעילות של אקו"ם.
- 73 ראו למשל ס' 5 לתנאי הפעילות של אקו"ם.
- 74 ראו למשל ס' 5 לתנאי הפעילות של אקו"ם.
- 75 ראו למשל ס' 6 לתנאי הפעילות של אקו"ם.
- 76 הלמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 616.
- 77 בהקשר זה ראו למשל הדברים הכתובים בהחלטות פטור אקו"ם, לעיל ה"ש 4 ("אחד היתרונות המרכזיים שרישיון שמיכה מקנה למשתמשים [דורשי הרישיון] הוא הנגישות המהירה והמיידיית למגוון רחב של יצירות. זאת בפרט עבור משתמשים המבקשים לעשות שימוש ברשומות קול רבות, לעיתים עשרות (אם לא מאות) רשומות קול ביום"). ראו גם פסח, לעיל ה"ש 4, בעמ' 628.

הסכמי ההרשאה במתכונת של "רישיונות שמיכה" קשורים בטבורם לקיומם של ארגוני ניהול משותף.⁷⁸ כאמור,⁷⁹ ארגוני ניהול משותף אוחדים בסמכות לנהל מנעד רחב במיוחד של תכנים מוגנים. מאפיין זה של ארגוני הניהול המשותף מביא לכך שקיומם הוא זה שמכוון ומאפשר מלכתחילה את גיבוש הסכמי ההרשאה במתכונת של "רישיונות שמיכה" גורפים ביחס למנעד רחב של תכנים מוגנים ובכך מאפשרים גיבוש הסכמים בודדים המאפשרים שימוש וגישה למנעד רחב של יצירות.⁸⁰ כך, דורשי הרישיונות (ובענייננו, YouTube) אינם נדרשים לעלויות העסקה הכרוכות ברכישת רישיונות נפרדים עבור כל יצירה מוגנת נפרדת (מצב שהיה קורה אילו הבעלים הראשונים היו מנהלים את זכויות היוצרים שלהם בנפרד).⁸¹ במקום זאת, כל שעל דורשי הרישיון לעשות הוא לפנות לארגוני הניהול המשותף, ואלה יהיו רשאים להעניק רישיון שמיכה לדורשי הרישיון ביחס למנעד רחב של תכנים מוגנים.⁸²

(ב) התמריצים לגיבוש הסכמי ההרשאה

כמתואר לעיל, קיימים שני מקורות תוכן מוזיקליים מרכזיים ב־YouTube.⁸³ הן כאשר מקור התוכן הוא משתמשי הקצה והן כאשר מקור התוכן הוא בעלי זכויות היוצרים עצמם, זוהי לא YouTube שמבצעת את הפעולה הישירה שהביאה להימצאות התוכן המוגן בתחומה. במקרה הראשון, YouTube אינה המפיצה הישירה של התכנים המוגנים ולכן אינה מחויבת בגיבוש

78 פרשת אקו"ם נ' emi, לעיל ה"ש 56, פס' 47 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז ("לצורך דיון בשאלה זו יש לחזור לטעמים המקוריים שהולידו את שיטת ניהול הזכויות באמצעות תאגיד כמו אקו"ם. הכלי החשוב ביותר העומד לרשותה של אקו"ם בניהול המשותף של הזכויות הוא הענקת רישיון גורף מן הסוג המכונה 'רישיון שמיכה', אשר יתרונותיו מן ההיבט של היסכון בעלויות עסקה הם הטעם העיקרי המכשיר את פעילותה של אקו"ם, חרף הבעייתיות הכרוכה בה מהיבטם של דיני ההגבלים העסקיים"). כן ראו Eric Priest, *Why Emerging Business Models and Not Copyright Law are the Key to Monetising Content Online*, in *COPYRIGHT LAW, DIGITAL CONTENT, AND THE INTERNET IN THE ASIA-PACIFIC* 20 (Brian Fitzgerald et al. eds., 2008).

79 להרחבה ראו לעיל פרק א.2.

80 פרשת הפרדציה לתקליטים, לעיל ה"ש 55, פס' 42–44. ראו גם SCHWEMER, לעיל ה"ש 55, בעמ' 43 ("Towards commercial users, CMOs usually operate by issuing blanket licences, which means the whole catalogue of the represented repertoire is made available for a specific use (in a single transaction)").

81 גרינמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 919.

82 פרשת הפרדציה לתקליטים, לעיל ה"ש 55, פס' 33–42. ראו גם ארגון הקניין הרוחני העולמי (WIPO) הגדיר את הארגונים המייצגים כמקורות מרוכזים עבור רישיונות: "where licenses are available from a single source". בהקשר זה ראו WIPO, *Guide to the Copyright and Related Rights Treaties Administered by WIPO and Glossary of Copyright and Related Rights Terms* (Geneva, 2003). כן ראו Handke & Towse, לעיל ה"ש 64, בעמ' 941; Daniel J. Gervais, *The Economics of Collective Management* (Vanderbilt Law Research Paper no. 18-63, 2018). לפירוט על אודות יתרונות אלה ראו כץ, לעיל ה"ש 5, בעמ' 562, 566; פסח, לעיל ה"ש 4.

83 ראו לעיל ה"ש 40.

הסכמי הרשאה עם בעלי זכויות היוצרים.⁸⁴ במקרה השני, בעלי זכויות היוצרים הם אלה שמלכתחילה מבצעים את אחת הפעולות שאותן הם זכאים לבצע באופן בלעדי על פי דין ומשתפים את התוכן המוגן בתחומי פלטפורמת התוכן.⁸⁵ לפיכך, ואפילו מכוח "קל וחומר", בדומה למקרה שבו מקור התוכן הוא משתמשי הקצה, לא מוטלת על YouTube חובה שבדין הישראלי לגבש הסכמי הרשאה עם בעלי זכויות היוצרים ביחס להימצאות אותם תכנים שבעלי זכויות היוצרים עצמם הפיצו בתחומה.

לכן השאלה שעולה היא מדוע מלכתחילה קיימים הסכמי הרשאה בין הצדדים? בקשר לכך מצאנו לנכון להצביע על שני תמריצים מרכזיים – האחד משפטי והאחר שוקי.

(1) התמריץ המשפטי

סיבה מרכזית מבחינתה של YouTube להסדיר את השימוש בתכנים מוגנים בזכויות יוצרים על גבי הפלטפורמה שלה נוגעת למזעור הסיכון המשפטי שאליו היא חשופה. כפי שנסביר להלן, הגם ש־YouTube אינה כפופה למשטר של אחריות ישירה להפרת זכות יוצרים, היא עלולה להימצא אחראית באחריות תורמת להפרות המבוצעות על ידי משתמשי הקצה, ומכאן התמריץ להסדיר מראש את השימוש ביצירות מוגנות על ידיהם. על פי חוק זכות יוצרים,⁸⁶ חלה אחריות ישירה להפרת זכות יוצרים על מי שביצע ללא הרשאה פעולה ביצירה שהזכות הבלעדית לעשותה נתונה לבעל זכויות היוצרים.⁸⁷ פעולות אלה כוללות בין היתר העתקה,⁸⁸ העמדה לרשות הציבור⁸⁹ ושידור.⁹⁰ במקרים שבהם משתמשי הקצה הם מקור התוכן שהועלה ל־YouTube, ותוכן זה מוגן בזכויות יוצרים, אזי לכאורה העלאת התוכן והפצתו כוללות פעולות של העתקה, העמדה לרשות הציבור ושידור. אלא שכפי שנקבע בפסיקה, מבצעי הפעולות האלה הם משתמשי הקצה, ולא YouTube.⁹¹ לכן, ברוב המקרים לא תחול על YouTube אחריות ישירה לשימוש שנעשה ביצירות בידי משתמשי קצה, ומכאן שגם לא חלה עליה חובה להסדיר הרשאה מבעלי זכויות היוצרים על מנת להכשיר את פעילותם זו של משתמשי הקצה.

84 ראו ס' 47 לחוק זכות יוצרים, המגדיר מי חייב לקבל רישיון. כן ראו שרון בר־זיו וניבה אלקין־קורן "בין שתי זירות: אכיפת זכויות יוצרים באינטרנט" משפטים מח 411, 420 (2019). לדיון על זיהוי המפר הישיר ראו ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (פורסם בנבו, 13.5.2012). כן ראו ע"א 5097/11 טלראן תקשורת (1986) בע"מ נ' צ'רלטון בע"מ (פורסם בנבו, 2.9.2013).

85 ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים.

86 פרק ח' לחוק זכות יוצרים.

87 לרשימת הפעולות הבלעדיות הניתנות לבעל זכות היוצרים ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים. כמו כן ראו הגדרת המונח "הפרה" בס' 47 לחוק זכות יוצרים. ראו גם בר־זיו ואלקין־קורן, לעיל ה"ש 84, בעמ' 420.

88 ס' 12 לחוק זכות יוצרים.

89 ס' 15 לחוק זכות יוצרים.

90 ס' 14 לחוק זכות יוצרים.

91 ראו לעיל ה"ש 84.

עם זאת, אין משמעות הדבר שבמצבים מעין אלה מוסר באופן מוחלט מפלטפורמת-התוכן הסיכון של נשיאה באחריות. ישנו משטר אחריות ייחודי החל על פלטפורמות-תוכן במצבים שבהם צדדים שלישיים מבצעים פעולות המפירות זכויות יוצרים בתחומן. בגיבוש משטר אחריות זה, המחוקק ובתי המשפט בישראל נהגו באופן עקבי בדרך של איזון בין ההגנה על זכויות היוצרים לבין החשש מפני יצירת אפקט מצנן שיפגע בזרימת המידע באינטרנט וחופש הביטוי העלול להתלוות לכל סוג של הטלת אחריות על פלטפורמות-התוכן.⁹² כחלק מאיזון זה הוטלה על פלטפורמות-התוכן אחריות תורמת בלבד ביחס לתוכן המפר זכויות יוצרים שמשמטיהן העלו אותו לתחומן (משטר אחריות הדומה לזה הקיים גם בארצות הברית, ועד לחקיקת הדירקטיבה, גם באירופה).⁹³

בישראל, משטר אחריות זה מבוסס בעיקרו על דוקטרינת ה"הפרה התורמת" (להלן: **הדוקטרינה**),⁹⁴ שהוכרה בישראל לראשונה בפרשת רב בריח שעסקה בהפרת פטנט.⁹⁵ מאוחר יותר, יושמה הדוקטרינה בהקשר של זכויות יוצרים בפרשת **שוקן**.⁹⁶ פסק דין מרכזי בו פיתח בית המשפט את דוקטרינת ההפרה התורמת בהקשר של גורמי ביניים (ושל פלטפורמות-תוכן בענייננו) הוא פרשת **א.ל.י.ס.**⁹⁷ פרשה זו עסקה בסוגיית אחריותם של בעלי אתרי אינטרנט

92 בר-זיו ואלקין-קורן, לעיל ה"ש 84, בעמ' 418. ראו גם ת"א (מחוזי מרכז) 567-08-09 **א.ל.י.ס. אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ** (פורסם בנבו, 8.8.2011). כן ראו הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 ("דיני זכות יוצרים נועדו לקבוע הסדר שמטרתו הגנה על יצירות, תוך איזון בין אינטרסים שונים, לטובת הציבור. האיזון נדרש בעיקר בין הצורך ביצירת תמריץ הולם ליצירה, בדרך של הענקת זכויות כלכליות ביצירות, לבין הצורך לאפשר לציבור להשתמש ביצירות לשם קידום התרבות והידע, כל זאת תוך שמירה על חופש הביטוי וחופש היצירה, והבטחת תחרות חופשית והוגנת"); ע"א 3425/17 **Societe des Produits Nestle נ' אספרסו קלאב בע"מ**, פס' 22 לפסק דינו של השופט הנדל (פורסם בנבו, 7.8.2019). ראו גם Feist Publ'ns, Inc. v. Rural Tel. Serv. Co., 499 U.S. 340, 349-350 (1991) ("The primary objective of copyright is not to reward the labor of authors, but 'to promote the Progress of Science and useful Arts'. To this end, copyright assures authors the right to their original expression, but encourages others to build freely upon the ideas and information conveyed by a work").

93 ראו לעיל ה"ש 12. עקרונות הדירקטיבה יפורטו בהמשך. ביחס לדין האמריקאי ראו Daniel Etcovitch, *DMCA § 512: Music and Technology Industry Perspectives in Juxtaposition*, 30 HARV. J. L. & TECH. 547 (2017).

94 ע"א 1636/98 **רב בריח בע"מ נ' בית מספר לאביזרי רכב חבשוש (1987) בע"מ**, פ"ד נה (5) 337 (2001). יצוין כי גם דוקטרינת "ההפרה התורמת" יכולה להיות כפופה למסגרת חוזית המעניקה לפלטפורמות החתומות עליה חסינות חוזית מפני תביעה בתנאים מסוימים. בהקשר זה ראו הלמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 618. עוד ראו Yafit Lev-Aretz, *Second Level Agreements*, 45 AKRON L. REV. 137, 139 (2012) ("Second Level Agreements are preemptive licenses granted by copyright owners to platforms operators, with the purpose of ratifying the mass usage of copyrighted content by their us-ers"); Lital Helman & Gideon Parchomovsky, *The Best Available Technology Standard*, 111 COLUM. L. REV. 1194 (2011).

95 פרשת רב בריח, לעיל ה"ש 94.

96 ע"א 5977-07 **האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ**, פ"ד סד (3) 740 (2011).

97 פרשת **א.ל.י.ס.**, לעיל ה"ש 92.

ומנהליהם לתוכן המפר זכויות יוצרים המועלה על ידי משתמשי הקצה. בין היתר, במסגרת פרשה זו נפסק כי ככלל, גורם הביניים אינו אחראי בגין "הפרה תורמת", אלא לאחר שנמסרה לו הודעה במסגרת מנגנון של "הודעה והסרה" על הפרת זכות יוצרים והוא לא פעל להסרת התכנים ובכך תרם לקיומה של ההפרה שבוצעה על ידי משתמש הקצה.⁹⁸ אולם, הסיכון המשפטי המוטל על פלטפורמות-תוכן בנשיאה באחריות להפרת זכות יוצרים אינו מוגבל לדוקטרינת ההפרה התורמת. פלטפורמות-תוכן עשויות לכאורה להימצא אחראיות גם באחריות עקיפה להפרת זכות יוצרים בכפוף לסעיף 48 לחוק זכות יוצרים שנחקק במסגרת תיקון 5 לחוק משנת 2019.⁹⁹ סעיף זה עוסק במצב שבו אדם (או תאגיד) מבצע "בדרך של עיסוק",¹⁰⁰ פעולה שיש בה כדי להקל או להרחיב את הגישה של הציבור לתוכן מוגן שהועמד לראשונה על ידי המפר הישיר ללא הרשאה. ככל שאותו מבצע פעולה ביצע אותה במטרה להפיק רווח ובעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו לדעת כי היצירה שהקל או הרחיב את הגישה אליה הועמדה שלא כדין – אזי ייחשב כ"מפר עקיף" של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור. כלומר, ככל שמשתמשי הקצה יעלו תוכן מוגן בהפרה ופעולותיה של YouTube, כגון הפעלת מערכת אוטומטית שממליצה למשתמשים על תכנים מסוימים בהתאם להעדפותיהם והיסטוריית הצפייה שלהם (Recommendation System),¹⁰¹ יתפרשו כמקלות או מרחיבות את הגישה לתוכן, הרי שלכאורה YouTube עלולה להיחשב למפירה עקיפה, אם ידעה או היה עליה לדעת שהתוכן הועמד לרשות הציבור בהפרה. עם זאת, יוער כי לאור האמור בסיפא של סעיף 48, הפעלת אמצעים טכנולוגיים למניעת גישה ליצירות שהועמדו בהפרה (דוגמת Content ID) כשלעצמה אינה מקימה חזקת ידיעה.¹⁰² מכל מקום, היקף ומידת תחולתו של סעיף זה על פלטפורמות-תוכן דוגמת YouTube תלויים בפרשנות בית המשפט. מבחינתן של פלטפורמות-תוכן, יישומם של משטרים אלה מחייב אותן לפעול באופן מידי להסרת תכנים רבים שדווחו כמפירים. על כן, על אף הטלתם של משטרי אחריות מרוככים אלה על פלטפורמות-תוכן בכל

98 שם, פס' 43, 54. ראו גם מיכל לביא אחריות מתווכי תוכן לעוללות ביטוי: הקשר חברתי, משפט וטכנולוגיה 156 (2018).

99 ס' 48 לחוק זכות יוצרים.

100 ס' 48 עושה שימוש במילה "אדם". עם זאת, כידוע, על פי חוק הפרשנות המילה "אדם" בס' 48 כוללת גם תאגיד או חבר בני אדם. ראו ס' 4 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981 ("מקום שמדובר באדם – אף חבר-בני-אדם במשמע, בין שהוא תאגיד ובין שאינו תאגיד").

101 ODSC, *Unpacking YouTube's Recommender System*, MEDIUM (Nov. 8, 2019), <https://bit.ly/3j6qa4y>.

102 Content ID הנו אלגוריתם שפותח על ידי YouTube לצורך איתור ומניעה של תכנים מפירים בתחומה. להרחבה ראו <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=en>. כן ראו Oliver Englisch & Giulia Priora, *Safe Harbour*, *Protection for Online Video Platforms: A Time to Say Goodbye? Analysis of Judgements by Italian and German Courts on the Liability of YouTube for Copyright Infringements*, MEDIALAWS RIVISTA DI DIRITTO DEI MEDIA 3 (2019), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3359790.

הנוגע להפרת זכויות יוצרים, לפלטפורמות-התוכן קיים אינטרס להימנע מסיכונים משפטיים ולהסדיר מראש את הימצאותן של היצירות המוגנות בזכויות יוצרים בפלטפורמות-התוכן. בו בזמן, מבחינתם של בעלי זכויות היוצרים, יישומם של משטרי אחריות אלה, הלכה למעשה, מטיל עליהם את האחריות לאתר שימושים מפירים ביצירותיהם.¹⁰³ נטל זה עשוי להיות כה משמעותי עד כי על בעלי זכויות יוצרים רבים להיעזר באמצעים טכנולוגיים אוטומטיים יקרים כדי לאתר הפרות פוטנציאליות ולדווח עליהן.¹⁰⁴ במציאות זו, אין זה פלא ששני הצדדים שואפים להימנע ממשטרי האחריות ולקבל על עצמם משטרים חוזיים המסדירים מראש את השימוש בתכנים המוגנים בזכויות יוצרים.

(2) התמריץ השוקי

סיבה מרכזית שנייה להסדרה חוזית של השימוש בתכנים מוגנים בזכויות יוצרים ב־YouTube נוגעת למניעים הכלכליים של הצדדים.¹⁰⁵ מבחינת בעלי זכויות היוצרים, גיבוש הסכמי הרשאה לשימוש ביצירותיהם הוא שמאפשר את הפצתן ומסחרן לשם הפקת הכנסות.¹⁰⁶ פלטפורמות-תוכן בכלל, ו־YouTube בפרט, הפכו לאפיק מרכזי לצריכת מוזיקה עדכנית בעידן הנוכחי.¹⁰⁷ לכן, בעלי זכויות היוצרים מעוניינים להפיץ את המוזיקה שלהם באופן ישיר למשתמשי הקצה באמצעות YouTube.¹⁰⁸

לצד האינטרס הכלכלי של בעלי זכויות היוצרים, קיים גם האינטרס הכלכלי של YouTube בגיבוש הסכמי הרשאה. אינטרס זה מעט מורכב יותר ודורש ניתוח המודל הכלכלי של YouTube וכן של מאפייניה כפלטפורמת-תוכן. YouTube היא פלטפורמה רב-צידית מבוססת מודל כלכלי של *Advertisement Funded-Zero Users Pricing*,¹⁰⁹ או בקצרה *Attention Platform*.¹¹⁰ מודל כלכלי זה מתאפיין בתמחור אפסי של מתן גישה לתכנים עבור משתמשי

Niva Elkin-Koren, *After Twenty Years: Copyright Liability of Online Intermediaries*, in 103 THE EVOLUTION AND EQUILIBRIUM OF COPYRIGHT IN THE DIGITAL AGE (Susy Frankel & Daniel J Gervais eds., 2014).

Maayan Perel & Niva Elkin-Koren, *Accountability in Algorithmic Copyright Enforcement*, 104 19 STAN. TECH. L. REV. 473 (2016).

בהקשר זה ראו Priest, לעיל ה"ש 78. כן ראו הלמן, לעיל ה"ש 4, בעמ' 614.

גרינמן, לעיל ה"ש 51, בעמ' 545. יצוין כי בשיחות עם גורמים שונים בתעשיית המוזיקה הישראלית הודגשה בפנינו ההבחנה הסמנטית בין "הכנסות" ל"רווחים".

להרחבה בהקשר זה ראו דו"ח בזק 2018, לעיל ה"ש 32.

Francisco Bernardo & Luís Gustavo Martins, *Disintermediation Effects on Independent Approaches to Music Business*, 3 INT'L J. OF MUSIC BUS. REV. 7, 8 (2014).

המודל הכלכלי של YouTube יתואר בהרחבה בהמשך. בהקשר זה ראו Shekhar, לעיל ה"ש 3.

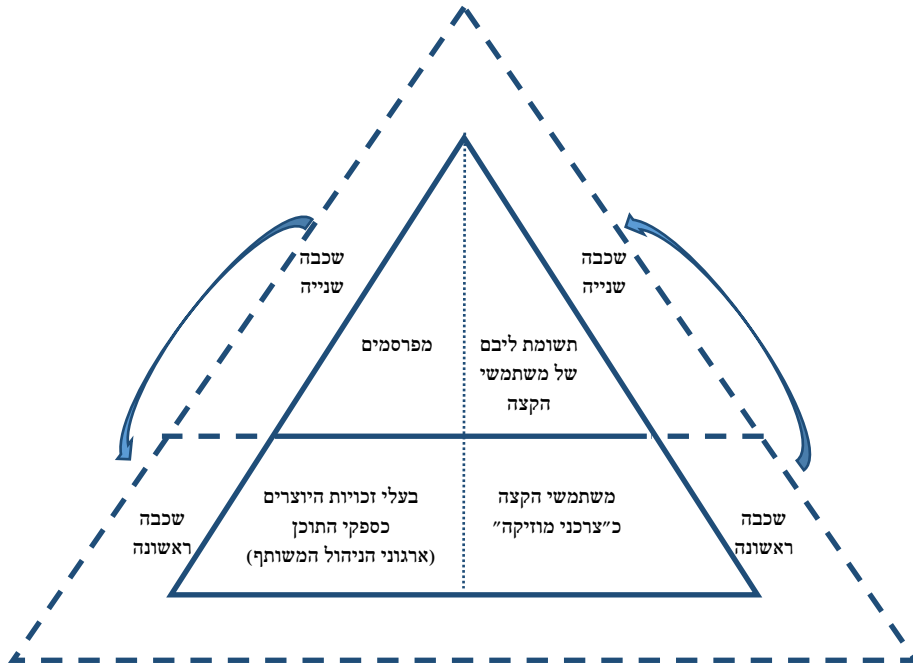
בהקשר זה ראו DAVID S. EVANS & RICHARD SCHMALENSEE, MATCHMAKERS: THE NEW ECONOMICS OF MULTISIDED PLATFORMS (2016).

Lapo Filistrucchi, Damien Geradin, ראו גם, *ECONOMICS OF MULTISIDED PLATFORMS* (2016) Eric van Damme & Pauline Affeldt, *Market Definition in Two-Sided Markets: Theory and Practice*, 10 J. COMPETITION L. & ECON. 293 (2014).

הקצה תוך תפעול מודל כלכלי של איסוף מידע אישי ממשתמשי הקצה, עיבודו ומכירת תשומת ליבם של משתמשי הקצה כשירותי פרסום מוקונומים¹¹¹ – אחד ממקורות הרווח המרכזיים של YouTube שממנו גם בעלי זכויות היוצרים יקבלו את נתחם.¹¹² YouTube משמשת כמקום מפגש של משתמשי הקצה, בעלי זכויות יוצרים ומפרסמים (להלן: קבוצות-המשתמשים).¹¹³ "חומר הגלם" המזין את המודל הכלכלי של YouTube הוא אותן קבוצות-משתמשים שמספקים או צורכים תוכן ובאותו זמן מקדישים תשומת לב לתוכן ולפרסומות ומשמשים כמקור לרווחים, כפי שמסביר התרשים הבא:¹¹⁴

- 111 Evans, *Antitrust Issues*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 292. כן ראו Bacache-Beauvallet & Bourreau, James Alleman, Edmond Baranes & Paul Rappoport, *Conference ; 421* בעמ' 18, *Paper about Multisided Markets & Platform Dominance* (June 2019), <http://hdl.handle.net/10419/205162> ("Facebook and Google and other internet giants are multisided markets (MSM); their economic rents are 'hidden' from the public. On the user-side of the market, prices are zero – 'free'. On the other side of the market, Facebook's and Google's revenues are derived from advertising which appears when the users click on advertiser's web sites. Facebook and Google can extract exorbitant prices for ads, since they are virtually the only source that can target ads directly to potential customers")
- 112 משתמשי הקצה "משלמים" על הגישה לתוכן באמצעות המידע האישי שלהם וכן באמצעות "זמן החשיפה" לפרסומות. בהקשר זה ראו Fleishcer, לעיל ה"ש 34, בעמ' 154 ("If you find the song on YouTube, you can listen to it for free, but it is quite likely that you will first be served an advertisement video. In this case, it is not the song itself that is sold to you, but your attention that is sold to advertisers. This kind of commodification is associated with the notion of the 'audience commodity'... At a metaphorical level, it does make sense to say that you 'pay' for the song with your attention, or with the behavioural data that YouTube is collecting on you, but in strictly economic terms you are not paying for a commodity – (rather you are the commodity being sold")
- 113 David S. Evans, *Attention Platforms, the Value of Content*, 54 REV. INDUS. ORG. 775, 787 (2019) (להלן: Evans, *Attention Platforms*).
- 114 European Commission, *Staff Working Document Online Platforms*, SWD 172, 4–5 (2016), <https://bit.ly/3qm0QJ2> (להלן: European Commission's Staff Working Document : Most : "online platforms make money by recruiting one set of users and offering them access to another set of users. In this context, users are the 'raw material' that the platform uses in its business model. For multi-sided platforms one group's demand for the platform's service depends on the other group's demand. By facilitating interaction between different user groups – who could engage in a valuable exchange – multi-sided platforms reduce transaction costs and create value for all sides involved")

איור 3: תרשים שחקנים וקשרים בפלטפורמות מבוססות תוכן משתמשים בעלות מודל כלכלי של פרסום



איור 3 מציג את קבוצות המשתמשים ב־YouTube ואת הקשרים הקיימים ביניהן. כפי שניתן לראות, איור 3 מכיל שתי שכבות נפרדות. כל שכבה מכילה שתי קבוצות משתמשים שונות. השכבה הראשונה מכילה את משתמשי הקצה בכובעם כ"צרכני מוזיקה",¹¹⁵ וכן את בעלי זכויות היוצרים, שכפי שיוסבר מיד, הם מקור התוכן המרכזי. YouTube היא פלטפורמה מקוונת מבוססת תוכן המשותף בידי צדדים שלישיים. לפיכך, ככל הפלטפורמות שבהן "חומר הגלם" המרכזי הוא קבוצות המשתמשים השונות,¹¹⁶ גם מטרתה המרכזית של YouTube היא למשוך לתחומה את קבוצות המשתמשים בה.¹¹⁷ האטרקטיביות של כל פלטפורמה תלויה בעיקר ביכולת שלה לשכנע כל צד כי היא תצליח למשוך לתחומה את הצד האחר.¹¹⁸ תופעה זו, בה צד אחד משפיע על הצטרפותו של הצד האחר בפלטפורמה, ידועה בשם "Indirect network"

115 כאמור, משתמשי הקצה יכולים לשמש גם כמקור לתוכן, אך אין זה רלוונטי לניתוח בענייננו.

116 ראו שם, בעמ' 4–5.

117 בהקשר זה ראו Schmalensee & Evans, לעיל ה"ש 37, בעמ' 158.

118 ראו Hanna Halaburda & Yaron Yehezkel, *The Role of Coordination Bias in Platform Competition*, 25 J. ECON. & MGMT. STRATEGY 274, 275 (2016).

”effect” (השפעת רשת עקיפה).¹¹⁹ משמעות תופעה זו היא שככל שרשת המשתמשים בפלטפורמה מתרחבת, כך יש אינטרס לכולם להצטרף לפלטפורמה, מכיוון שהם מעוניינים לפגוש באותה הפלטפורמה מספר רב יותר של קבוצות המשתמשים האחרות.¹²⁰ במילים אחרות, גודל וגיוון הם יתרונות כאשר מדובר בפלטפורמות.¹²¹ לפיכך, ככל שיהיו יותר בעלי זכויות שיצירותיהם יונגשו ב־YouTube, כך גיוון התוכן יגבר, ולכן יותר משתמשי קצה ירצו לעשות שימוש בפלטפורמה.¹²² במקביל, ככל שיהיו יותר משתמשי קצה כצרכני מוזיקה, כך יותר יוצרים ובעלי זכויות ירצו להצטרף ל־YouTube כדי לחשוף את יצירותיהם לאוכלוסייה רחבה יותר, להפיק יותר הכנסות ולשווק בצורה יעילה יותר את פעילותם.¹²³ כפועל יוצא, מספר רב יותר של מפרסמים יסכימו לשלם יותר עבור חשיפה רבה יותר ושירותי פרסום יעילים יותר.¹²⁴ על קשר ישיר זה, בין תוכן (בעלי זכויות היוצרים) – תשומת לב (משתמשי הקצה) – ומפרסמים, עמד המלומד דייוויד אוואנס (David S. Evans): “[C]ontent attracts consumer attention. Consumers have to invest time to enjoy content. They can be exposed to ads while they do that”¹²⁵.

119 משמע, קיימת השפעה של צד אחד על הצד האחר, ולא בהשפעה של המשתמשים באותו הצד של הפלטפורמה על חברים אחרים באותו הצד – במובן זה מדובר בהשפעה עקיפה. בהקשר זה ראו David S. Evans, *Why the Dynamics of Competition for Online Platforms Leads to Sleepless Nights but Not Sleepy Monopolies* 13 (2017) <https://bit.ly/3qri08j> “Platforms, whether online or physical, must attract enough members of each group of users to provide enough value to the other group of users. Buyers won’t use a marketplace, whether online or physical, unless it has enough sellers, and sellers won’t use a marketplace unless it has enough buyers. Platforms that crack this chicken-and-egg problem can grow very rapidly... economists refer to the positive feedbacks between groups as ‘indirect network effects’”

120 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 14.
121 Evans, *Attention Platforms*, לעיל ה”ש 113, בעמ’ 785: “Attention platforms have incentives to increase investments in content, and other platform improvements, to secure more attention from consumers, as advertising returns increase... Consumers see the results of these investments in the form of more content, and more engaging content, while advertisers see the results in the form of more attention – and possibly more relevant attention – that they can access”

122 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 9.
123 Evans, *Why the Dynamics of Competition* ויטצ’בסקי, לעיל ה”ש 36 (“אבל מבין השירותים הזרים המנצחים הבולטים הם ספוטיפיי ואפל מיוזיק. לשניהם הסכמי תוכן עם מפיצים מקומיים ונתח שוק גבוה מספיק כדי שאמנים ירצו להופיע בהם”).

124 David S. Evans, *The Economics of Attention Markets* 9 (2020) <https://bit.ly/35LQVDk> (“It is well established that advertisers pay more to reach a larger audience”)

125 שם, בעמ’ 7. ראו גם Evans, *Antitrust Issues*, לעיל ה”ש 15, בעמ’ 291–292: “YouTube had to pursue people who want to post videos, people who want to watch videos, and advertisers who want to reach these viewers” Evans, *Attention Platforms*; Evans “Attention platforms have incentives to increase investments in content, and other platform improvements, to secure more attention from consumers, as advertising returns

מעבר ל"משתמשי הקצה" המשמשים מקור תוכן חשוב להזנת המודל הכלכלי של YouTube, ¹²⁶ לארגוני הניהול המשותף כבעלי זכויות יוצרים חשיבות רבה במתן גישה לתכנים מקוריים ואיכותיים.¹²⁷ לפיכך, YouTube תלויה במידה רבה בבעלי זכויות היוצרים כדי להצליח ולקיים את המודל הכלכלי שלה, תלות שכפי שנראה להלן עדיין אינה מרסנת את התנהגותה החוזית מולם.¹²⁸ הסכסוך החוזי בין YouTube לבין ארגון הניהול המשותף הגרמני (GEMA) המייצג יוצרים גרמניים מדגים טענה זאת היטב.¹²⁹ בשנת 2009 פקע הסכם ההרשאה בין GEMA לבין YouTube, דבר שהביא לפרוץ סכסוך בין שני הצדדים.¹³⁰ כתוצאה מכך, החל משנת 2009 עד שנת 2016, שנת סיום הסכסוך, 60% מהתכנים שהיו קודם לכן ב־YouTube ואשר נוהלו באמצעות GEMA נחסמו בגרמניה, כך שלמשתמשי הקצה במדינה לא הייתה גישה אליהם באמצעות YouTube.¹³¹ חרף העובדה שמשתמשי הקצה יכולו לשתף תכנים "ביתיים" ולהיחשף אליהם, בכל אותה תקופה, ולמעשה החל משנת 2010 עד לשנת 2016, היקף השימוש ב־YouTube בגרמניה שאף לאפס.¹³² מנגד, החל משנת 2016 ואילך, מועד גיבוש הסכם ההרשאה וסיום הסכסוך, היקף השימוש ב־YouTube בגרמניה החל לצמוח שוב.¹³³ דבר זה מעיד על התלות של YouTube בתכנים שנוהלו על ידי ארגון הניהול המשותף GEMA

increase... Consumers see the results of these investments in the form of more content, and more engaging content, while advertisers see the results in the form of more attention – and possibly more relevant attention – that they can access”
 מהימצאותה של קבוצה אחרת ראו Evans, *Why the Dynamics of Competition*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 13. ראו גם Evans, *Antitrust Issues*, לעיל ה"ש 15, בעמ' 291–292. סייג אפשרי להתעניינות של קבוצה אחת באחרת במסגרת קשר משולש זה יכול להיות ביחס של משתמשי הקצה למפרסמים. בהקשר זה ראו Giacomo Luchetta, *Is the Google Platform a Two-Sided Market?*, 10 J. COMPETITION L. & ECON. 185, 185 (2013).

- 126 ראו לעיל הדיון בפרק א.1., המסווג את מקורות התוכן ב־YouTube.
 127 בהקשר זה ראו Evans, *Attention Platforms*, לעיל ה"ש 113, בעמ' 777.
 128 שם, בעמ' 785. כן ראו Bacache-Beauvallet & Bourreau, לעיל ה"ש 18, בעמ' 422: “For instance, a platform such as YouTube offers free content in order to attract viewers, and charges a price above cost to advertisers. The same condition on market power applies to non-price strategies aimed at attracting users”
 129 Jacob Comenetz, *German GEMA in Talks with YouTube on Video Dispute*, REUTERS (Apr. 23, 2009), <https://reut.rs/35L87ZF>
 130 Ina Karabasz, Christof Kerkmann & Hans-Peter Siebenhaar, *Facing the Music*, HANDELSBLATT TODAY (Feb. 11, 2016), <https://bit.ly/2Um7ao4>
 131 Robert Briel, *Germany can't See YouTube Music Videos*, BROADBAND TV NEWS (Jan. 29, 2013), <https://bit.ly/3qjVrSY>
 Melissa Eddy, *YouTube Agrees to Pay Royalties*, ראו גם *Ending German Music Dispute*, THE N.Y. TIMES (Nov. 1, 2016), <https://nyti.ms/3wTeiXr>
 יצוין כי סביר להניח שגם תכנים ביתיים שהכילו יצירות בבעלות של GEMA לא הורשו להימצא בפלטפורמה של YouTube בשל החשש מפני הפרת זכויות יוצרים.
 132 נתונים מתוך האתר StatCounter. ראו בהקשר זה נתונים על אודות Social Media Stats in Germany בין השנים 2009–2020: <https://bit.ly/3xPTeBn>
 133 שם.

המייצג אומנים גרמניים לצורך פעילותה בגרמניה.¹³⁴ עם זאת, כאמור, נדמה שתלות זו אינה מרסנת את כוחה החוזי של YouTube מול ארגוני הניהול המשותף. אישוש לכך ניתן למצוא בסכסוך עדכני יותר של YouTube עם ארגון הניהול המשותף הדני (Koda).¹³⁵ כך, גורמים ב־YouTube, ובאופן ספציפי יותר, דן צ'למֶרס (Dan Chalmers), עורך ב־YouTube Music, הודה בתלותה של YouTube בתכנים מוגנים השייכים לארגוני ניהול משותף כשהכריז כי: "People around the world love coming to YouTube to watch music videos. They're able to do this because of the licensing agreements we have... We've been working to renew our license with the licensing body KODA"¹³⁶. עם זאת, וחרף תלות זו של YouTube בתכנים של ארגון הניהול המשותף הדני, הדבר לא מנע מ־YouTube להפעיל על Koda לחץ עסקי ולאיים בהסרת התכנים המוגנים של Koda מהפלטפורמה של YouTube ככל שלא יגובש הסכם רישיון העולה בקנה אחד עם אינטרסיה של YouTube.¹³⁷ כך, לאחר סיום הסכסוך החוזי, עורך התוכן של Koda, קארי סטרוו (Kaare Struve) טען כי:

"I strongly believe that the agreement now reached is the best possible result achievable under the given circumstances. It is no secret that these have been difficult negotiations and that we at Koda would much have preferred not to have to face the added pressure of content being taken down, for shorter or longer periods. Nor should there be any doubt that the final negotiations were carried out under massive pressure from all parties involved, eager to reach a conclusion. In that light, it is good that we have now reached an agreement that brings Danish content back on YouTube".¹³⁸

בהשלכה לישראל, YouTube אומנם אינה מחויבת לקבל רישיון מבעלי זכויות היוצרים כשאלה האחרונים משתפים את התוכן המוגן שלהם אצלה. עם זאת, לצורך תפעול המודל הכלכלי שלה ומשיכת משתמשי־קצה ישראלים, היא בהחלט מעוניינת לעודד בעלי זכויות יוצרים להצטרף לפלטפורמה ולהעלות את יצירותיהם לתחומה. עדות לחשיבותם של בעלי זכויות היוצרים עבור YouTube בישראל ניתן לקבל מדו"ח האינטרנט של חברת בזק עבור שנת

134 ביחס לדיון על רמת החשיבות השונה של התוכן המוגן עבור גופים שונים ראו פרשת הפרדציה למוזיקה ים תיכונית, לעיל ה"ש 58, פס' 54, 87. כן ראו לדיון על חשיבות תכנים לדורשי רישיון מסוימים ראו אריאל אזרחי ודיויד גילה דיני התחרות האירופאים בראי דיני ההגבלים העסקיים הישראליים 287–283 (2019).

135 Koda's Press Release: *Google Removes All Danish Music from YouTube* (July 30, 2020), Stuart Dredge, *YouTube under Fire Over Music Licensing* <https://bit.ly/3zSdAvC>. ראו גם *Impasse in Denmark*, MUSICALLY (Aug. 30, 2020), <https://bit.ly/3d5hrvv>

136 Tim Ingham, *Youtube Threatens to Remove Music Videos in Denmark Over Songwriter Royalty Fallout*, MUSIC BUSINESS WORLDWIDE (July 30, 2020), <https://bit.ly/2Um1mLg>

137 Nick Farrell, *YouTube Declares War on Danish Music*, FUDZILLA (Aug. 3, 2020), <https://bit.ly/3qjVIFu>

138 .Press Release: *Danish Music is Back on YouTube* (Oct. 1, 2020), <https://bit.ly/3zTqZTZ>

2019. 139 מדובר בסקר שבוצע בקרב 1,400 נשאלים מכלל המגזרים.¹⁴⁰ על פי אותו דו"ח, 81% מכלל הנשאלים מעל לגיל 18 הודו כי השימוש העיקרי שלהם ב־YouTube הוא צפייה בקליפים של שירים.¹⁴¹ תוכן זה מורכב גם מיצירה מוזיקלית על מרכיביה השונים (מילים, לחן וכיוצא בזה), המוגנת באמצעות בעלי זכויות יוצרים "מקצועיים" יותר כדוגמת ארגוני הניהול המשותף. כדי לאפשר למשתמשי־הקצה לעשות שימוש מרכזי זה, על YouTube לדאוג כי תהיה לה האפשרות להנגיש תכנים במינימום סיכון משפטי. אחת מהדרכים המרכזיות של YouTube לעשות זאת היא למשוך את בעלי זכויות היוצרים לתחומה באמצעות גיבוש הסכמי הרשאה המשתפים את בעלי זכויות היוצרים בחלק מההכנסות המתקבלות משירותי הפרסום ש־YouTube מציעה למפרסמים. לכן, ל־YouTube יש אינטרס לגבש הסכמים מעין אלה. עם זאת, כפי שתואר לעיל, נדמה כי אינטרס זה אינו משמש כמנוף לחץ לאיזון כוחה של YouTube מול ארגוני הניהול המשותף, גם בישראל – זאת, ובהרחבה, כפי שיתואר להלן.

ב. מעמדה המונופוליסטי של YouTube לאור תיקון 21 – בחינת יחסיה החוזיים עם ארגוני הניהול המשותף

בתקופה האחרונה, ובעיקר בשנה החולפת, מערכת היחסים החוזית שתוארה לעיל בין פלטפורמות־התוכן לבין בעלי זכויות היוצרים עמדה בפני מגמה גלובלית של פיקוח קפדני ורגולציה פורצת דרך שהוחלה עליה. ספינת הדגל בהקשר זה היא הדירקטיבה האירופית The Digital Single Market שחוותה רפורמה משמעותית בחודש אפריל 2019.¹⁴² מטרתה של הדירקטיבה היא לרסן את כוחן של פלטפורמות־התוכן ביחסיהן החוזיים אל מול בעלי זכויות היוצרים.¹⁴³ דירקטיבה זו נחקקה על רקע טענות של בעלי זכויות היוצרים לפיהן, בין היתר,

139 חברת בזק דו"ח החיים הדיגיטליים של חברת בזק לשנת 2019–2020, (2020) media.bezeq.co.il/pdf/internetreport_2019.pdf (להלן: "דו"ח בזק 2019"). הסקר בוצע בשיתוף עם מכון המחקר TNS-KANTAR.

140 שם, בעמ' 2.

141 שם, בעמ' 48.

142 ראו לעיל ה"ש 12. ראו גם שאלות־תשובות באתר GEMA: www.gema.de/aktuelles/eu-urheberrecht/ (תורגם מגרמנית) ("The copyright reform wants to end injustice that has existed for many years. Outside the internet, authors have effective means of being paid to use their works. So far, this has only worked to a small extent online. Here platforms such as YouTube or Facebook earn on the works of others. The copyright reform wants to change that. She wants to strengthen the position of the authors towards the big internet (companies)". לקשר שבין סיכויי הגשמת מטרות הדירקטיבה האירופית לבין ארגונים לניהול משותף ראו Matthias Leistner, *European Copyright Licensing and Infringement Liability Under Art. 17 DSM-Directive Compared to Secondary Liability of Content Platforms in the U.S. – Can We Make the New European System a Global Opportunity Instead of a Local Challenge?*, 2 INTELL. PROP. J. 123 (2020).

143 Recital 61, DSM Directive. כן ראו בהקשר זה Senflebenm, לעיל ה"ש 57, בעמ' 414–415: "At the core of this proposal [the DSM Directive proposal] lies the concern that authors and performers are often unable to obtain a fair remuneration for their creative work because of

הסתמכותן של פלטפורמות-התוכן על מנגנון "נמל המבטחים" (Safe Harbor) המעוגן בסעיף 14 ל-*eCommerce Directive* יצרה פערי כוחות חוזיים בין פלטפורמות-התוכן לביניהם.¹⁴⁴ פערי כוחות אלה הביאו לכך שבעלי זכויות היוצרים היו מחויבים לקבל על עצמם הסכמי רישיון נחותים כ-"Take It or Leave It" מול אותן פלטפורמות-תוכן.¹⁴⁵ על פי בעלי זכויות היוצרים, נחיתותם זו בשלב המשא ומתן הביאה לכך שמצד אחד, פלטפורמות-התוכן זוכות לתניות חוזיות המיטיבות עימן, ומהצד השני, בעלי הזכויות זכו לתניות חוזיות נחותות. נחיתות זו באה לידי ביטוי גם ביחס לתניות "חלוקת ההכנסות" בהסכמים – בעוד שפלטפורמות-התוכן הרוויחו רווחי ענק באמצעות יצירות מוגנות, היוצרים עצמם נותרו עם ה"שאריות" מאותם הרווחים וקיבלו מהם נתח זעום.¹⁴⁶ פער זה בין רווחי הפלטפורמות לבין הכנסות היוצרים המתקבלים מאותן יצירות מוגנות נודע כ"פער הערך" (The Value Gap).¹⁴⁷ למעשה ובהקשר זה, הדירקטיבה שמה דגש מיוחד על YouTube: "The text of the DSM Directive nowhere mentions YouTube, but anyone versed in the political economy of digital copyright knows that Article 17 was designed specifically to make YouTube pay".¹⁴⁸ בפיגור קל אחרי אירופה, בתקופה האחרונה גם ארצות הברית מראה סימנים של בחינת כוחן של ענקיות דיגיטל,

a weak bargaining position in contractual relationships with exploiters of their works and performances. The E.U. Commission seeks to pave the way for better balanced contractual relationships between authors and performers and those to whom they assign their rights" יש לציין כי בכוחה של הדירקטיבה לחול גם על ארגונים אירופיים לניהול משותף הנכנסים לנעלי היוצרים הן ביחס לחובותיהם והן לזכויותיהם – לרבות בכל הקשור לס' 17 לדירקטיבה. ביחס לדיון על תחולת ס' 17 לדירקטיבה על ארגונים לניהול משותף ראו Martin Husovec & João Pedro Quintais, *How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms* 17–18 (2019).

Directive 2000/31/EC of the European Parliament and the Council of June 8, 2000, on Certain Legal Aspects of Information Society Services, in Particular Electronic Commerce, 144
in the Internal Market, 2001 O.J (L 178) 1.

Commission Staff Working Document Impact Assessment on the Modernisation of EU Copyright Rules, Directive of the European Parliament and of the Council on Copyright in the Digital Single Market, Document ST 12254 2016 ADD 1, 157 ("Rightholders have described their negotiation relationship with certain of these platforms as a 'take it or leave it' situation: they must either accept the terms offered by the service or continue to send notifications for each individual content which can be infringed thousands of times") 145
שם, בעמ' 153.

Lia Shikhiashvili, *The Same Problem, Different Outcome: Online Copyright Infringement and Intermediaries' Liability Under the US and the EU Law*, 24 INTELL. PROP. & TECH. L. J. 1 (2020) ("The term 'value gap' is used in music industry since 2016 to explain why copyright holders shall receive larger portion of digital revenues")
Dirk J.G. Visser, ראו גם, *Trying to Understand Article 13*, 2 (2019) <https://ssrn.com/abstract=3354494> ("This would diminish the so called 'value gap' between the amount of money the OCSSP's make out of advertising in and around the content uploaded by their users (a lot of money) and the amount of money rights holders get in return not enough money")

Annemarie Bridy, *The Price of Closing the "Value Gap": How the Music Industry Hacked EU Copyright Reform*, 22 VAND. J. ENT. & TECH. L. 323, 325 (2020) 148

ובניהן פלטפורמות-התוכן, אל מול בעלי זכויות היוצרים. כך, ב-21 במאי 2020 פרסם משרד זכויות היוצרים האמריקאי דו"ח בן 250 עמודים על יעילותו של "נמל המבטחים" המעוגן בסעיף 512 ל-Digital Millennium Copyright Act (DMCA) האמריקאי ועל השפעותיו על מעמד בעלי זכויות היוצרים וההגנה עליהם מול פלטפורמות-התוכן.¹⁴⁹ בשל הרלוונטיות הגבוהה שבה, הדירקטיבה האירופית קיבלה התייחסות נכבדה באותו הדו"ח.¹⁵⁰ בישראל, נדמה שרשות התחרות טרם עסקה באופן שיטתי באסדרת כוחן של ענקיות הרשת ופלטפורמות-התוכן הפועלות במדינה.¹⁵¹ הרשות לא פרסמה חומרים העוסקים בכוחן של ענקיות הדיגיטל בכלל ושל פלטפורמות-תוכן כבענייננו בפרט. היעדר דיונים מצד רשות התחרות הישראלית העוסקים בכוחם של גופים אלה¹⁵² מבטא מגמה הפוכה למגמה הקיימת בימים אלה בעולם. לפיכך, פרק זה מבקש ליישר קו עם המגמה הגלובלית ולהפנות זרקור לחוסר איזון אפשרי במסגרת מערכת היחסים שבין YouTube כפלטפורמת-תוכן לבין גופים מסורתיים בתעשיית המוזיקה הישראלית, תוך שימת דגש על מקרה המבחן בענייננו – הלווא הוא ארגוני הניהול המשותף בישראל. ודוק, דבר זה ייעשה באמצעות כלי חדש בזירה המשפטית הישראלית – תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית. אשר על כן, ולאחר ניתוח הראיונות עם גורמים שונים בתעשיית המוזיקה הישראלית, לרבות חברות תקליטים, יוצרים עצמאיים וארגוני ניהול משותף,¹⁵³ וכן לאחר סקירה נרחבת של הספרות והדין, חלק זה מבקש להחיל את מבחני תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית על YouTube ועל התנהגותה החוזית-מסחרית מול ארגוני הניהול המשותף כפי שתוצג להלן. בהחלת תיקון זה כאמור, מסתמן כי YouTube היא בעלת כוח שוק משמעותי בישראל, ולפיכך ייתכן שראוי להגדירה כ"מונופול התנהגותי".¹⁵⁴

1. תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית: עקרונות

עד לתיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית,¹⁵⁵ "מונופול" הוגדר על ידי סעיף 26(א)(1) לחוק התחרות הכלכלית כמי שמחזיק יותר ממחצית מאותו שוק.¹⁵⁶ אולם הגדרה זו ככלי בלעדי

Section 512 of Title 17: A Report of the Register of Copyrights by the United States Copyright Office (May 2020), <https://bit.ly/35Mfmk> 149

שם, בעמ' 61–64. כן ראו Leistner, לעיל ה"ש 142. 150

בתשובה לפנייתנו לרשות התחרות במטרה לברר האם נעשתה עבודת מטה בנוגע לגופים אלה, נאמר כי המסמך היחיד שפורסם ביחס לגופים אלה עוסק במיזוגים ורכישות של חברות הזנק על ידי הגופים כאמור. בהקשר זה ראו Start-ups, killer acquisitions and merger control – Note by OECD Competition Committee Meeting on June 2020 DAF/COMP/WD 17 (2020), <https://bit.ly/2TTugSQ>. 151

למשל, כמו ענקיות הדיגיטל Google, Facebook ולאחרונה אף Amazon שהחלה את פעילותה בארץ. 152

יצוין כי בין ארגוני הניהול המשותף שאיתם שוחחנו אף כאלה שאינם בהכרח קשורים לתעשיית המוזיקה דווקא, אך לראיון איתם הייתה תרומה להבנת טיב מערכת היחסים בין YouTube לבין בעלי זכויות יוצרים. 153

154 ס' 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית.

155 ס' 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית.

156 ס' 26(א)(1) לחוק התחרות הכלכלית.

להכרזה על מונופול לא סיפקה יכולת אמיתית להתמודד עם מקרים מסוימים. כך, לעיתים היה אתגר אמיתי בהגדרת השוק לצורך חישוב "נתח השוק" בו גוף מחזיק. אתגר זה בא לידי ביטוי במיוחד בכל הקשור לחברות דיגיטליות גלובליות וכן בכל הנוגע לפלטפורמות אינטרנטיות המעניקות שירותים חובקי עולם בתחומים מגוונים, כבענייננו.¹⁵⁷ כך, בשיחה שקיימנו עם חה"כ לשעבר מיקי רוזנטל, צוין בפנינו כי בעבר נעשה ניסיון לקדם תיקון חוק להתמודדות עם טענות גאוגרפיות שעל פיהן Google ו־Facebook אינם מונופולים בישראל כיוון שמדובר בגופים גלובליים, ובראייה גלובלית, אין להחשיבם כ"מונופול" בישראל. החוק שניסה רוזנטל לקדם בנושא זה כונה "מונופול בשוק העברי".¹⁵⁸ מטרתו של חוק זה, לדברי רוזנטל, הייתה "לנתק" את הגופים הגלובליים מנתח השוק העולמי ולבחון את נתח השוק שלהם בהשוואה לשוק הישראלי בלבד.¹⁵⁹ את ההצדקה לכך שאב מהעובדה שגופים אלה מספקים שירותים לאזרחי ישראל בשפה העברית.¹⁶⁰ לדבריו, ככל שחוק זה היה נחקק, ניתן היה להגדיר תאגידי דיגיטליים בין-לאומיים כמונופול בישראל ולהחיל עליהם את דיני ההגבלים העסקיים הרלוונטיים לתחרות בשוק הישראלי.¹⁶¹ אלא שחוק זה נעצר כבר ב"שרבוט" הטיוטה הראשונית לאור פיזור הכנסת באותה התקופה.¹⁶²

בנוסף לקשיים הנלווים להגדרת השוק כאשר מדובר בגופים דיגיטליים וגלובליים, הגדרת המונח מונופול על בסיס נתח השוק בלבד אף לא תאמה את המגמה העולמית.¹⁶³ למעשה,

- 157 בהקשר למבחנים שבהם עושים שימוש לצורך הגדרת השוק, ראו רשות התחרו, "גילוי דעת 1/11 של הממונה בעניין הנחיות לניתוח תחרותי של מיזוגים אופקיים" (23.1.2011) (www.gov.il/he/Departments/policies/mergerguidelines) (להלן: גילוי הדעת "מיזוגים אופקיים"). כן ראו אורה קורן "רשות ההגבלים כבר יכולה להכריז: גוגל ופייסבוק הן מונופולים בשוק בעברית" **TheMarker** (12.11.2017) www.themarker.com/news/macro/1.4589228.
- 158 כך, מסמך שהעביר לידינו רוזנטל ואמור היה להיות מוגש כהצעת חוק הגדיר "מרחב דיגיטלי עברי" כ"מרחב דיגיטלי המתנהל בעיקר בשפה העברית, עיקר התוכן בעברית, חלק מהמידע בלעדי לעברית ומותאם עבור משתמשים דוברי עברית אשר עבורם שפה אחרת אינה מהווה תחליף. המרחב הדיגיטלי ייחשב לעניין זה כתחום כלכלי הכפוף לחוקי מדינת ישראל ופיקוחה". כן ראו, שם.
- 159 מיקי רוזנטל "הטייקונים החדשים – ריסון תאגידי הענק הדיגיטליים", מתוך הבלוג של מיקי רוזנטל (2017) <https://bit.ly/35ZYZRb>. בהקשר זה ראו גם רע"א 5860/16 **Facebook Inc נ' בן חמו** (פורסם בנבו, 31.5.2018), שם נדונה כפיפותה של Facebook לדיני מדינת ישראל בתנאים מסוימים.
- 160 בהקשר זה ראו אילן גטניו "ח"כ רוזנטל: לעצור את גוגל ופייסבוק" **ישראל היום** (8.11.2017) www.israelhayom.co.il/article/514245 ("גוגל, פייסבוק ורוב התאגידים הרלוונטיים לחוק זה מחזיקים נציגות בתחומי מדינת ישראל. בנוסף, פועלים התאגידים באופן ממוקד בשוק הישראלי בשפה העברית באתרים מותאמים לקהל הישראלי. שני אלו מאפשרים לרגולטור הישראלי החלת הגבלות וסנקציות בתחום השיפוט המקומי").
- 161 שחר אילן "הצעת חוק חדשה: גוגל ופייסבוק יוכרזו כמונופולים, ישלמו מס בארץ" **Ynet** (8.11.2017) www.ynet.co.il/articles/0,7340,L-5040371,00.html.
- 162 כפי שצייננו בפנינו רוזנטל בעצמו.
- 163 דברי ההסבר לחוק התחרות הכלכלית (תיקון מס' 21), התשע"ט–2019, 890 (להלן: דברי ההסבר לתיקון 21) ("הצורך בתיקון החוק נובע גם מכך שהיבטים רבים של מסגרת הפיקוח הקבועה בחוק אינם עולים בקנה אחד עם המקובל בעולם, והוראותיו אינן מתאימות לשינויים

"באופן חריג למקובל בעולם, הדין הישראלי הקיים [שהיה קיים טרם תיקון 21] מבסס את קיומו של מעמד מונופוליסטי רק על נתח השוק במקום על כוח השוק עצמו".¹⁶⁴ לא זו אף זו, הגדרת המונח "מונופול" המבוססת על נתח השוק בלבד אינה מגשימה את עקרונות דיני ההגבלים העסקיים. כך, המצב שטרם תיקון 21 תואר באופן הבא: "כיום, כתנאי לתחולתו של פרק המונופולין על אדם עומדת דרישה בדבר נתח שוק של מעל 50% שאותו אדם מרכז בידי. אלא שבעוד שהדין הקיים מתמקד בנתח השוק, התופעה הכלכלית המרכזית שאותה מבקשים דיני המונופולין לרסן היא שימוש לרעה בכוח שוק משמעותי".¹⁶⁵ כיוון שהגדרת המונופול המבוססת על נתח השוק אינה תופסת ברשתה גופים מסוימים, אזי לא היה ניתן "לפעול כנגד גופים בעלי כוח שוק משמעותי אשר מנצלים את כוחם לרעה, דוחקים מתחרים ופוגעים בתחרות ובצרכן".¹⁶⁶

כמענה לקשיים אלה נחקק תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית שנכנס לתוקפו ב-10 בינואר 2019 והרחיב את המונח "מונופול".¹⁶⁷ התיקון קבע כי בנוסף להגדרת "מונופול" המבוססת על נתח השוק, הרי שעל פי סעיף 26(א)(2) לאותו החוק, "מונופול" ייחשב גם כמי שמחזיק ב"כוח שוק משמעותי ביחס לאספקת נכסים או רכישתם, או ביחס למתן שירותים או רכישתם".¹⁶⁸ למעשה, כפי שיובן מיד, לצד "מונופול מבוסס נתח שוק", תיקון 21 יצר מסגרת משפטית נוספת להגדרת המונח "מונופול" – מעין "מונופול התנהגותי" (כהגדרתו).

אך מהו "כוח שוק משמעותי"? בעקבות חקיקת תיקון 21, פרסמה רשות התחרות בחודש יולי 2019 מסמך גילוי דעת.¹⁶⁹ מסמך זה מסייע בהגדרת המונח "כוח שוק משמעותי" ומתווה את אופן יישומו של סעיף 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית שנחקק במסגרת תיקון 21. כך, כוח שוק משמעותי מוגדר כיכולת של ספק להתנהג באופן המרע עם משתמשי השירות או צרכני המוצר (או חלק מהם) מבלי שאלה נוטשים את אותו ספק ובלי שזה האחרון מפסיד רווחים משמעותיים.¹⁷⁰ למעשה, בגילוי הדעת כתבה רשות התחרות כי "כוח שוק משמעותי כרוך ביכולת להתנהג באופן חופשי מרסנים תחרותיים משמעותיים. קיימים שני סוגים של

המשמעותיים שעברה הכלכלה הישראלית מאז שנקבעו. כך למשל בהקשר של מונופולין – כמעט שאין בעולם מדינות אשר קובעות את קיומו של מונופולין על בסיס נתח שוק בלבד, כמו בישראל".

164 שם, בעמ' 894.

165 שם. ראו גם ה"ע (מחוזי י-ם) 2/96 הממונה על הגבלים עסקיים נ' ידיעות אחרונות בע"מ, פ"מ התשנ"ט(2) 529 (2000) ("מבחינה כלכלית, החשש לפגיעה בתחרות נובע מקיומו של כוח שוק המאפשר למי שמחזיק בכוח זה להשפיע על מחיר השוק ועל נתונים אחרים הנקבעים בשוק תחרותי על-ידי כוחות השוק. החשש מפני מונופולין נובע מהחשש מפני הפעלת כוח השוק הנתון בידי בעל המונופולין").

166 דברי ההסבר לתיקון 21, לעיל ה"ש 163, בעמ' 894.

167 שם ("לפיכך, מוצע להוסיף להגדרת המונופולין הקיימת את מי שמרכז בידי כוח שוק משמעותי, אף אם אינו מחזיק ביותר ממחצית מהשוק").

168 ס' 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית. כן ראו ס' 26(ו) לחוק התחרות הכלכלית ("בסעיף זה, "אדם" – לרבות חברה ובנותיה, בנות של חברה אחת וכן אדם וחברה שהוא שולט בה").

169 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 2–3.

170 שם, בעמ' 3.

רסנים: **ריסון מצד הביקוש... וריסון מצד ההיצע**.¹⁷¹ לפיכך, כדי לבחון אם לשחקן בשוק יש כוח שוק משמעותי, צריך לבחון אם הוא מרסן את התנהגותו לאור חשש מפני תגובה שלילית כלפיו הן מצד הביקוש (הלקוחות או המשתמשים העלולים לנטוש אותו) והן מצד ההיצע (מתחרים אחרים שיבקשו לשמש כאלטרנטיבה ללקוחותיו או משתמשיו).

ובקצרה, כאשר עוסקים ב"ריסון מצד הביקוש", הכוונה היא שיש לבחון אם גוף מחזיק בכוח שוק כה משמעותי כך שתגובת לקוחותיו להרעת תנאי האספקה ההספקה מצומצמת – כלומר, מצב שבו אותו גוף מנצל כוחו כנגד לקוחותיו, בעוד הם "ימשיכו לרכוש את המוצר שלו גם אם הוא קובע תנאי אספקה נחותים מהתנאים התחרותיים".¹⁷² נכונות הלקוחות להמשיך לרכוש את המוצר במקרה של הרעת תנאי אספקה "קשורה בין היתר למידת התחליפיות שהם רואים בין המוצר לבין המוצרים שמציעים ספקים אחרים. כאשר אין היצע נרחב של מוצרים אחרים שהם תחליפים קרובים למוצר הנבחן מנקודת מבטם של צרכנים, אזי אין רסן משמעותי מצד הביקוש של התנהלות הספק".¹⁷³ לפיכך, במקביל, כאשר בוחנים האם לשחקן בשוק יש כוח שוק משמעותי, יש לבחון אם קיים לגביו גם "ריסון מצד ההיצע",¹⁷⁴ משמע, יש לבחון אם במצב בו הוא מרע את התנאים ללקוחותיו, הדבר יגרור כניסה של שחקנים חדשים לשוק שירצו לשמש כתחליף עבור לקוחותיו. "ריסון מצד ההיצע" מתייחס לפוטנציאל כניסת מתחרים חדשים לשוק.¹⁷⁵ ודוק, כדי לבחון מבחני ריסון אלה, יש לעמוד על אופן התנהגותו של הגוף שכוחו נבדק. לפיכך, מסמך גילוי הדעת מנחה לפעול על פי "מבחן סל" נוסף הבוחן את טיב התנהגותו בפועל של הגוף שאותו בוחנים.¹⁷⁶ במובן זה, כאמור, תיקון 21 יצר קטגוריה נוספת של "מונופול" לצד "מונופול מבוסס נתח שוק". תיקון 21 יצר קטגוריה של "מונופול התנהגותי", המבוססת, כאמור, על בחינת השאלה אם הגוף הנבדק מתנהג באופן המנצל לרעה את כוחו בשוק.

2. הגדרת השוק הנבחן: שירותי צריכה מקוונת של מוזיקה

כאמור, הגדרת ה"שוק" לצורך חישוב נתח השוק ועמידה על השחקנים הפועלים בו היא משימה מורכבת הניתנת לפירושים ומניפולציות שונות העלולות לעוות את הגדרת השוק על

171 שם, בעמ' 5.

172 שם, בעמ' 6.

173 שם.

174 שם, בעמ' 8.

175 לצורך כך יש להביא בחשבון כמה שיקולים. הראשון הוא שיקול ה"הסתברות הגבוהה" להתרחשות של כניסת מתחרים חדשים; השיקול השני הוא "מהירות" הכניסה של מתחרים חדשים (טווח זמנים מידי וקצב מהיר מספיק על מנת להרתיע או לסכל לנצל את כוח השוק המשמעותי מצידו של המתחרה הדומיננטי); השיקול השלישי הוא "בהיקף מספק". משמע, שהכניסה או ההתרחבות היא בהיקף שיאפשר למתחרה לקלוט נתח משמעותי מהלקוחות שיבקשו לעזוב את מי שמנסה להפעיל כוח שוק, ובכך תהפוך את הניסיון לבלתי אפשרי או בלתי כדאי. בהקשר זה ראו שם, בעמ' 8–9.

176 שם, בעמ' 11.

בסיס אינטרסים של הגופים באותו השוק.¹⁷⁷ לפיכך, הערכת כוח השוק של גוף כזה או אחר על בסיס נתח השוק בלבד היא בדיוק העיוות ה"תפיסתי" שאותו תיקון 21 מנסה לשנות וממנו להימנע. לכן, חישוב נתח השוק של YouTube הוא חשוב, אך בהחלט תיקון 21 הוא בהחלט אינו העיקר לצורך הגדרתה האפשרית כ"מונופול". עם זאת, המשניות שבחשיבות נתח השוק עבור תיקון 21 אינה נותנת לגיטימציה להתעלם לחלוטין מלדון בהגדרת השוק, שכן כפי שניווכח בהמשך, בכוחו, עדיין, להעיד על כוח השוק של הגוף הנבחן במידת מה.

מבחינת ה"ביקוש", וכפי שהוסבר לעיל, YouTube מעניקה שירות, כאמור, לשלוש קבוצות-משתמשים מרכזיות שונות – משתמשי קצה, בעלי זכויות יוצרים ומפרסמים. עם זאת, מסמך גילוי הדעת של רשות התחרות מנחה כי די בהתנהגות שאינה מרוסנת כלפי אחת מקבוצות-המשתמשים¹⁷⁸ – או אז ייחשב כ"מונופול" בתחום שבו הוא מעניק שירות או מספק מוצר לאותה קבוצה. כאמור לעיל, מאמר זה עוסק במערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. לפיכך, לצורך הניתוח, ה"ביקוש" יוגדר כביקוש מצד ארגונים לניהול משותף המבקשים לעשות שימוש בשירותים מקוונים לצורך הפצת תכנים.

מובן כי קיים קשר כלשהו בין הגדרת הביקוש לבין הגדרת ההיצע. עם זאת, בניגוד להגדרת ה"ביקוש", בענייננו, הגדרת ה"היצע" היא משימה מאתגרת יותר. כפי שהוסבר לעיל, קיימות שתי דרכים מקוונות מרכזיות לצריכת מוזיקה – פלטפורמות תוכן כדוגמת YouTube ושירותי מוזיקה מקוונים כדוגמת Spotify. ההבחנה בין שתי דרכים אלה לצריכת מוזיקה מתמקדת בעיקר באופן הפעילות של כל אחת מהן וכן במודל הכלכלי-מסחרי שלהן. הבדלים אלה יצרו גישה שלפיה יש לראות בשני סוגי השירותים כשונים במהותם. ביטוי לתפיסה זו, בראש ובראשונה, ניתן לקבל מהדירקטיבה האירופית שיצרה מסגרת משפטית ייחודית המסדירה פלטפורמות-תוכן דוגמת YouTube, להבדיל משירותים דוגמת Spotify. ביטוי נוסף לכך ניתן בספרות מגוונת המדגישה את השוני בין שני סוגי שירותים אלה והתומכת בסיווגם כשני שווקים נפרדים. כך, לדוגמה, הספרות מדגישה כי פלטפורמות-תוכן משמשות כמעין זירה חופשית להפצת תכנים, בעוד ששירותי המוזיקה המקוונים משמשים כ"מפיצים" ישירים;¹⁷⁹ המודל הכלכלי של פלטפורמות-התוכן, ברוב המוחלט של מקרים, שונה מהמודל הכלכלי של שירותי המוזיקה המקוונים ומעניק למשתמשי-הקצה גישה חופשית לתכנים¹⁸⁰ – לפיכך, אין

177 אפרים צדקה, אסף רוזין, יעקב שיינין ומנחם פרלמן "מונופולים ומיזוגים בתנאי חשיפה" **רבעון לכלכלה** לט 53, 60–61 (1992). בהקשר זה ראו גם גילוי הדעת "מיזוגים אופקיים", לעיל ה"ש 157.

178 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 3.

179 ראו לעיל דיון בפרק א.1.

180 Bridy, לעיל ה"ש 148, בעמ' 327: "Because Spotify and YouTube operate under different business models, they don't face the same legal risks. Spotify is a closed distribution platform; it directly chooses and controls the whole universe of content it makes available to subscribers. It therefore knows exactly what content will be available on its service at any given time. No random subscriber in Paris – France or Texas – can upload a cat video to Spotify at three o'clock in the morning on a Sunday. YouTube, by contrast, is open to all comers all the time". להרחבה על ההבדלים בין שני סוגי השירותים האלה ראו Elkin-Koren, Nahmias & Perel, לעיל ה"ש 1, בעמ' 20–22.

זה פלא שמתעצמת התפיסה כי השוואה של Spotify ל-Youtube (כשתי דוגמאות לשירותים השונים) היא כהשוואת "תפוחים לתפוזים". יתרה מזו, יש הסבורים שהשפעתה של YouTube על Spotify קשה להערכה מכיוון ששני השירותים שונים באופן אינהרנטי.¹⁸¹ דא עקא, לדעתנו, הבחנה דיכוטומית שכזאת היא מעט בעייתית. לא ניתן להתעלם לחלוטין מהשפעה פוטנציאלית של פלטפורמות-התוכן על שירותים מקוונים לצריכת מוזיקה – וההיפך. שני סוגי השירותים, כאמור, מסווגים כפלטפורמות, אם כי מסווגים שונים.¹⁸² בהיותם כאלה, שירותים אלה מתחרים על ליבו של משתמש הקצה המעוניין לצרוך מוזיקה. ככל שידגל מספר צרכני המוזיקה בפלטפורמה כלשהי, יגדל בה גם מספרם של "ספקי המוזיקה" – ובענייננו, ארגוני הניהול המשותף.¹⁸³ משכך, נדמה כי לא ניתן להפריד הפרדה מוחלטת בין שני סוגי השירותים, שכן שניהם מבוססים ומתחרים על שתי קבוצות משתמשים מרכזיות זהות. ודוק, לא לשווא, בישראל, קיים שיח של השוואה בין שני סוגי שירותים אלה ונבדקת ההשפעה שלהם זה על זה. דוגמה לכך הוא דו"ח האינטרנט של חברת התקשורת בזק שפורסם בשנת 2018, עליו יורחב בהמשך הדברים.¹⁸⁴

אם כן, מובן כי קיימת השפעה הדדית כלשהי בין פלטפורמות-תוכן כדוגמה YouTube לבין שירותים מקוונים לצריכת מוזיקה כדוגמת Spotify. משכך, לצורך מאמר זה, "ההיצע" יוגדר ככל שירות מקוון המשמש בעיקר כמקור לצריכת מוזיקה והמאפשר לארגוני הניהול המשותף להפיץ את יצירותיהם,¹⁸⁵ לרבות YouTube, DailyMotion, Spotify, Deezer, וכיוצא בזה.

3. YouTube כמונופול התנהגותי

תיקון 21 הביא לכך שגופים רבים צריכים לבדוק את אופן התנהגותם, וביניהם גם פלטפורמות מקוונות.¹⁸⁶ בדיקה שכזאת תיעשה על ידינו כעת ביחס ל-Youtube, הנשלטת על ידי Google. כפי שניווכח להלן, לאור מבחני תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית ומסמך גילוי הדעת של רשות התחרות, עולה חשש סביר כי YouTube נוהגת בדרך נטולת רסנים תחרותיים ביחסיה החוזיים עם ארגוני הניהול המשותף. לפיכך, המסקנה הסבירה מניתוח זה היא כי ל-Youtube

181 שם, בעמ' 19–20; Max Riesewijk, *The Future of Spotify: Assessing Spotify's Position by Analyzing the Competition* 7 (2017), <https://bit.ly/3h0litE> ("The influence of Youtube on the position of Spotify is hard to assess. Since both services are inherently different")
ראו בהקשר זה Jamie Powell, *Money for Nothing: Copyright Law, YouTube, and the Future of Music [Part I]*, FINANCIAL TIMES (Oct. 17, 2018), <https://on.ft.com/3qlhnNv>

182 ראו לעיל פרק א.1.

183 ראו הניתוח שבוצע לעיל בפרק א.3(ב)(2).

184 דו"ח בזק 2018, לעיל ה"ש 32.

185 למשל, Facebook אינה משמשת בעיקר לצריכת מוזיקה, ולפיכך לא תיכנס להגדרת ה"היצע" בענייננו. מסקנה זו עולה גם מתוך שיחה שקיימנו עם גורמים בתעשיית המוזיקה הישראלית, שבה ציינו בפנינו כי הם עדיין אינם רואים ב-Facebook כלי המעניק שירות הדומה ל-Youtube.

186 אורה קורן "מהו מונופול: הכללים החדשים של רשות התחרות" *TheMarker* (21.7.2019) <https://www.themarker.com/news/macro/1.7545766> (להלן: קורן "מהו מונופול") ("החברות שיצטרפו לבדוק את עצמן בעקבות ההנחיה החדשה – בעיקר אם אינן מנצלות מעמדן לרעה ומעלות מחירים – כוללות את פייסבוק, גוגל").

קיים כוח שוק משמעותי בכל הקשור ליחסיה עם ארגוני הניהול המשותף, שעשוי לתמוך בסיווגה כ"מונופול התנהגותי" על פי סעיף 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית. לצורך הבדיקה כאמור, מאמר זה ישזור יחד את שלושת המבחינים שפורטו במסמך גילוי הדעת של רשות התחרות: התנהגות בפועל; ריסון מצד הביקוש; וריסון מצד ההיצע. ראשית, יפורטו דוגמאות להתנהגותה של YouTube ביחסיה החוזיים עם ארגוני הניהול. חלקן של דוגמאות אלה פורסמו באופן פומבי באמצעי התקשורת וחלקן נחשפו בפנינו במסגרת ראיונות שקיימנו עם ארגוני ניהול משותף (אף לא מתעשיית המוזיקה) וגורמים בתעשיית המוזיקה בישראל, לרבות חברות תקליטים ויוצרים עצמאיים. דוגמאות אלה מגבשות, להתרשמותנו, נרטיב לכאורי לפיו YouTube מנצלת את התלות של ארגוני הניהול המשותף בה (המייצגים יוצרים ובעלי זכויות יוצרים ראשוניים). ודוק, כאמור, יש לבחון דוגמאות אלה בזהירות המתבקשת לאור העובדה שהן סופרו מפי "צד מעוניין". שנית, כדי להבין האם קיימים רסנים מספקים על YouTube, מאמר זה יבחן האם וכיצד ההתנהגות שתוארה מצד YouTube מרוסנת על ידי הביקוש וההיצע.

(א) התנהגותה של YouTube

תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית יצר כאמור קטגוריה של "מונופול התנהגותי". במילים אחרות, כדי לבחון אם יש להגדיר גוף כ"מונופול", יש לבחון את כוח השוק שלו על בסיס התנהגותו כלפי משתמשיו או סוג אחד מהם – ובענייננו, כלפי ארגוני הניהול המשותף. להלן יוצגו ראיונות עם ארגוני ניהול משותף¹⁸⁷ וגורמים נוספים בתעשיית המוזיקה בישראל, לרבות חברות תקליטים ויוצרים עצמאיים המקיימים קשרים חוזיים עם YouTube, שמבטאים לכאורה דפוס התנהגות כוחני לכאורי מצד YouTube בקיום הסכמים הנוגעים לשימוש בזכויות יוצרים. חלק מהמקרים שיתוארו להלן פורסמו וידועים לכול, ועל חלק מהמקרים נודע לנו בעקבות ראיונות שביצענו עם הגורמים בתעשייה כאמור. יודגש, חלק מרכזי מהארגונים והגורמים שאיתם דיברנו חתומים על הסכמי סודיות עם YouTube. לפיכך, הפרטים שבהם יכלו לשתף אותנו היו מוגבלים וכפופים להסכמים אלה.¹⁸⁸ הסממן הראשון לניצול לכאורה של כוח השוק מצד YouTube הוא גובה התמלוגים המשולמים על ידיה לבעלי זכויות היוצרים. משיחות שביצענו עם גורמים בתעשיית המוזיקה הישראלית, קיימת גישה רווחת שלפיה בעלי זכויות היוצרים והיוצרים עצמם אינם רואים

187 כאמור, שוחחנו גם עם ארגוני ניהול משותף שאינם בהכרח מתעשיית המוזיקה, אך שהייתה להם תרומה ממשיכה להבנת טיב היחסים החוזיים שבינם לבין YouTube.

188 נזיה כוכבי "אקו"ם במו"מ עם יוטיוב בנושא זכויות היוצרים" הארץ (15.3.2009) www.haaretz.co.il/captain/net/1.1251327 ("באקו"ם הודו כי הם נמצאים בעיצומו של משא ומתן עם שלושת הגופים, אך סירבו לחשוף פרטים נוספים, מאחר שהצדדים חתומים על הסכמי סודיות"). כן ראו גיא בניוביץ' ושלי פריצקר "שיוטיוב ישלם" כלכליסט (5.1.2011) www.calcalist.co.il/consumer/articles/0,7340,L-3472664,00.html ("כמה הקלקות שוות כמה ליש"ט? הסוד הזה שמור היטב בהסכם... זה גם לא אידיאלי כי גוגל אוחדת בכל הקלפים. לאף ארגון אמנים אין באופן רשמי מידע על ההסכם שהשיג מקבילו מול גוגל. לאקו"ם, למשל, אין מידע על הסכומים שעליהם סיכמה גוגל בבריטניה וצרפת").

ב־YouTube כמקור להפקת הכנסה ראויה.¹⁸⁹ לדבריהם, YouTube משלמת לבעלי זכויות היוצרים סכומים זניחים במסגרת תנאי הסכם הרישיון. כך, בשיחתנו עם גורמים בכירים בחברת התקליטים Helicon Music, החברה בפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ (הליקון אינה ארגון ניהול משותף, אלא חברת תקליטים),¹⁹⁰ נאמר לנו כי יוצרים מודעים לכך ש־YouTube לא תשמש עבורם כמקור הכנסה ראוי. לדברי אותם גורמים בהליקון, בעלי זכויות היוצרים מודעים לכך ש"המון צפיות ב־YouTube מביאות מעט מאוד כסף". גם בשיחה שביצענו עם הזמר והיוצר אריק ברמן, נאמר לנו כי, לפחות מבחינתו, מדובר במעין "השלמה עם המצב" לפיו היוצרים מקבלים נתח קטן בלבד מהכנסותיה של YouTube.¹⁹¹ לא זו אף זו, בעבר, גדי אורון, מנכ"ל CISAC,¹⁹² ביצע השוואה בין תמלוגים המתקבלים מפלטפורמות־תוכן לבין שירותי מוזיקה מקוונים ואמר כי "אתרים כמו יוטיוב משלמים באופן משמעותי הרבה פחות, ומה שהכי בעייתי הוא שהם מחתימים אומנים וארגונים על חוזה סודיות, כך שלא יוכלו לספר כמה יוטיוב משלמת להם בסוף השנה. הם נמצאים בעמדת כוח אדירה מול האומן, שאומרת: אם לא מתאים לך, נוריד אצלנו את הקליפ שלך. ואף אחד לא רוצה להיות היום מחוץ ליוטיוב".¹⁹³ כדי לאמוד את הפער שבין גובה סכומי התמלוגים שמקבלים ארגוני הניהול המשותף YouTube־ לאלה המשתלמים משירותי מוזיקה מקוונים, ניאלץ לבצע הערכה והקשה מנתונים שפורסמו ברשת ביחס להכנסותיהן של חברות תקליטים ישראליות. על פי נתונים המפורסמים ברשת, עבור מיליון וחצי צפיות ב־YouTube, "להקה ישראלית" קיבלה 4,000 ש"ח שאותם תצטרך לחלוק יחד עם חברת התקליטים המייצגת אותה.¹⁹⁴ בחישוב פשוט עולה כי YouTube משלמת 0.0026 ש"ח להשמעה (הן לאומן והן לחברת התקליטים). בהנחה

189 זאת על אף שעל פי הפסיקה הישראלית דורש רישיון ישלם יותר עבור שימוש ביצירות כתלות בחשיבות היצירות עבור פעילותו השוטפת. בענייננו, כפי שהוצג לעיל בה"ש 139, התכנים המוגנים המוחזקים בידי בעלי זכויות היוצרים חשובים במיוחד לתחזוק המודל הכלכלי של YouTube. בהקשר זה ראו פרשת הפדרציה למוזיקה ים תיכונית, לעיל ה"ש 58. לצורך ההשוואה נציין כי בשיחה שקיימנו עם אקו"ם ציינו בפנינו כי: "מקור התמלוגים הגדול ביותר עבור היוצרים בימים אלה הוא שידורים – שידורי טלוויזיה בעיקר. התמלוגים ליוצרים המיוצגים על ידי אקו"ם מגופי שידור מסורתיים אלה כמו הוט, יס, רשת וכיו"ב הם הרבה יותר גבוהים מ"העמדה לרשות הציבור" באינטרנט (YouTube או Spotify). יש עדיין פערים גדולים מאוד בין מקורות הכנסה אלה".

190 לרשימת החברים בפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות, ראו <https://bit.ly/3d3XZ26>. כאמור, חשוב לציין כי בכל הקשור להפצת הקלטות באינטרנט, ניהול המשא ומתן נעשה על ידי חברות התקליטים עצמן, ולא על ידי הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות.

191 בהקשר זה ראו גם דבריו של היוצר דני ניב (מוקי), המבטאים גם הם מעין השלמה עם המצב בעניין YouTube, וכפי שהובאו על ידי בניוביץ' ופריצקר, לעיל ה"ש 188 ("האם זה יספק את האמנים? מן הסתם כן, כי הבחירה היא בין ההסכם הזה לבין כלום. מבחינה זו, גוגל יודעת שיוטיוב שלה הוא המשחק הגדול ביותר בעיר, ובמידה רבה קובע את הכללים. מונופול? אתם אמרתם, אבל לפחות עכשיו אפשר גם להלחין את זה – ולצפות לתגמול").

192 הקונפדרציה הבין־לאומית של אגודות מחברים ומלחינים, ראו www.cisac.org/Who-We-Are.

193 איתן שטרן "כולם מרוויחים מהמהפכה הדיגיטלית, מלבד המוזיקאים" הארץ (30.11.2016) www.haaretz.co.il/gallery/music/premium-1.3136343?lts=1591311474715

194 ש.ם.

שחברת התקליטים מקבלת 50% מההכנסות האלה,¹⁹⁵ יוצא כי אותה חברת תקליטים תקבל כ- 2,000 ש"ח עבור מיליון וחצי צפיות (כ-0.0013 ש"ח להשמעה). לעומת זאת, עבור מיליון וחצי השמעות שילמה Apple-music כ-26,500 ש"ח לחברת התקליטים של "להקה ישראלית".¹⁹⁶ בחישוב מהיר עולה כי Apple-music משלמת עבור השמעה בודדת 0.018 ש"ח לחברת התקליטים. אומנם יש שיחשיבו גם סכום זה כנמוך, אך עדיין מדובר בסכום הגדול פי 13 מהסכום שאותו משלמת YouTube לחברות תקליטים ישראליות.¹⁹⁷ הדיון על אודות גובה התמלוגים שחברות התקליטים מקבלות מאפשר לאמוד את גובה התמלוגים שארגוני הניהול המשותף בישראל מקבלים. אקו"ם ציינה בפנינו כי להערכתה חברות התקליטים מקבלות מ-YouTube תמלוגים הגבוהים פי 4 מהתמלוגים שאותם היא עצמה מקבלת (יחס של 4:1). נתון זה מאפשר ביצוע חישוב נוסף שלפיו המסקנה האפשרית היא כי ארגוני הניהול המשותף יכול שיקבלו 500 ש"ח (לערך) עבור מיליון וחצי צפיות ב-YouTube (כ-0.000325 ש"ח להשמעה). ואכן, חישוב משוערך זה מתכתב עם נתונים המפורסמים ברשת שלפיהם אקו"ם מכריזה כי עבור מיליון וחצי צפיות בפלטפורמות דוגמת YouTube יקבלו הכותב והמלחין כ-500 ש"ח (ברוטו).¹⁹⁸ עוד יש לציין כי בהנחה שהיחס של 1:4 בין גובה התמלוגים שאקו"ם מקבלת מ-YouTube לבין גובה התמלוגים שחברות התקליטים מקבלות מ-YouTube נשמר גם בהקשר של שירותי מוזיקה מקוונים, הרי שעולה כי ארגוני הניהול המשותף מקבלים מאלה האחרונים סכום של 6,625 ש"ח עבור מיליון וחצי צפיות (כ-0.0044 ש"ח לצפייה). מנתונים אלה ניתן להעריך כי גובה התמלוגים ש-YouTube משלמת לארגוני הניהול המשותף הוא נמוך אף במונחים אוניברסיטאיים – הן ביחס לגובה התמלוגים שארגוני הניהול המשותף מקבלים

195 ראו למשל פרטי הסכסוך בין היוצרת איה כורם לבין חברת התקליטים עננה. במסגרת הסכסוך נחשף כי חברת עננה הייתה זכאית ל-50% מהכנסותיה העתידיות של היוצרת כורם (למשך 18 שנים). רקפת פלד "על מוסיקה וזכויות יוצרים – חידושים ועדכונים לתחילת שנת 2017" Reinhold Cohn (27.4.2017) www.rcip.co.il/service/copyrights.

196 החישוב מבוסס על נתונים הקובעים כי עבור 30,000 השמעות שילמה Apple-music 530 ש"ח לחברת התקליטים לאותה להקה. ראו שטרן, לעיל ה"ש 193.

197 דוגמה מספרית נוספת (שאינה מתחום המוזיקה) ניתן לקבל מדברים שנאמרו ביחס ל-YouTube על ידי מר שחר בר-דוד, מייסד "שרוטונים" (חברה היוצרת ומפיקה קטעי וידאו מקוריים לצורכי פרסומות) וכן מייסד הרשת החברתית "מקושרים": "כבודו [של YouTube] במקומו מונח והוא ה-VOD הכי גדול היום, שגם נשאר לטווח מאוד ארוך. אנחנו גם במודל שותפות ביוטיוב מה שמקנה לנו חלוקת רווחים ועל זה בכלל אפשר לפתוח דיון שלם – על הרווח הזעום שבו יוטיוב מתגמלת את היוצרים ואפילו די מעליב. חברה כמונו שמייצרת 5–6 מיליון צפיות בחודש מתגמלת בסך הכל ברמת ה-2 משכורות שאני יכול לשלם לעובדים שלי". דברים אלה נאמרו על ידי חברה פרטית שאינה כפופה לתנאי פעילות כלשהם מצד רשות התחרות, דבר המעורר תהיות של "קל וחומר" ביחס לארגוני הניהול המשותף, שכאמור, כפופים לתנאי פעילות המגבילים את כוח המיקוח שלהם מול YouTube. ראו "יוטיוב מתגמלת את היוצרים ברווח זעום ואפילו די מעליב" Bizportal (26.3.2018) <https://bit.ly/3zQkK3y>. לצורך ההשוואה ראו את הרווחים של Paige Leskin, YouTube, אשר נבנים בעיקר על בסיס יצירותיהם של בעלי זכויות היוצרים: Paige Leskin, *FINALLY: Google Just Revealed YouTube's Ad Revenue, 14 Years After Acquiring it, and the Video Site Brought in \$15 Billion Last Year*, BUS. INSIDER (Feb. 3, 2020), <https://bit.ly/3vQHOMi>.

198 שטרן, לעיל ה"ש 193.

משירותי המוזיקה המקוונים והן ביחס לגובה התמלוגים שחברות התקליטים מקבלות מ-Youtube עצמה.

טבלה 1: השוואת גובה התמלוגים שארגוני הניהול המשותף מקבלים מ-Youtube ומשירותי מוזיקה מקוונים

הפער בין תמלוגי YouTube לבין שירותי מוזיקה מקוונים	תמלוגים משירותי מוזיקה מקוונים	תמלוגים מ-Youtube		
פי 13.2~13.5	₪ 0.0044	₪ 0.000325	עבור צפייה/השמעה בודדת	ארגוני הניהול המשותף
	₪ 6,625	₪ 500	עבור מיליון וחצי צפיות/השמעות	
פי 13.2~13.8	₪ 0.018	₪ 0.0013	עבור צפייה/השמעה בודדת	חברות תקליטים
	₪ 26,500	₪ 2,000	עבור מיליון וחצי צפיות/השמעות	
	פי 4 (לערך)	פי 4 (לערך)		הפער בין תמלוגי ארגוני הניהול המשותף לבין חברות התקליטים (הן מ-Youtube והן משירותי מוזיקה מקוונים)

כאשר עוסקים בגובה התמלוגים, יש שני היבטים שבהם יש לדון. מחד גיסא, יודגש כי הדיון סביב גובה התמלוגים המשולם על ידי YouTube כשלעצמו אינו ראוי לשמש כאינדיקציה מוחלטת לניצול כוח לרעה.¹⁹⁹ זאת, מכיוון שלעיתים קשה עד בלתי אפשרי לאמוד מהו "מחיר בלתי הוגן" הנגבה או המשתלם למאן דהוא.²⁰⁰ לצורך הדוגמה, YouTube מנגד טענה בעבר

199 ראו קורן "מהו מונופול", לעיל ה"ש 186, ביחס למסמך גילוי הדעת של רשות התחרות ("גילוי הדעת מדגיש שני עקרונות בסיסיים: הראשון – שלא כל מי שמוכר במחיר גבוה מעלויות הייצור שלו ייחשב לבעל כוח שוק משמעותי, ורווחיות גבוהה כשלעצמה אינה עדות מספקת לכוח שוק משמעותי").

200 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5 ("עקרונות, הרווח בין העלויות הכלכליות של המוצר לבין מחירו וכן הרווחיות של הספק יכולים לשמש כאינדיקציות ישירות לכוח השוק שבידיו. אך אמידה מדויקת ומהימנה של עלויות כלכליות ורווחים היא משימה מורכבת ולא תמיד אפשרית, ולעיתים רבות האומדן לא ישקף את המצב התחרותי של הגורם הנבחן באופן מלא"). כן ראו בהקשר זה גילוי הדעת בעניין שיקולי הממונה על הגבלים עסקיים באכיפת האיסור על גביית מחיר בלתי הוגן גבוה (28.2.2017); לדיון נוסף על הקושי בקביעת "מחיר שוק הוגן" ראו גם Elkin-Koren, Nahmias & Perel, לעיל ה"ש 1, בעמ' 17.

אין ספור פעמים כי היא נוהגת לתגמל בעלי זכויות יוצרים באופן ראוי.²⁰¹ משכך, לדברי רשות התחרות, "השימוש באמידה של רווח אינו תמיד תורם לבחינת קיומו של כוח שוק משמעותי... לא ניתן להסתמך על אמידה כאמור כשלעצמה ולכל היותר ניתן לשלבה עם בחינה של מגוון אינדיקטורים הנוגעים למאפייני השוק והמוצר המשפיעים על מידת הריסון מצד הביקוש ומצד ההיצע".²⁰² על כן, לדעתנו, יש לבחון את סוגיית גובה התמלוגים בזהירות המתבקשת. מאידך גיסא, מטבלה 1, לעיל, ניתן להיווכח כי קיימים פערים משמעותיים הן בגובה התמלוגים שארגוני הניהול המשותף מקבלים מ־YouTube ומשירותי המוזיקה המקוונים בהשוואה לתמלוגים שאותם מקבלות חברות התקליטים (פי 4 לערך);²⁰³ וכן קיים פער משמעותי יותר בין גובה התמלוגים שאותם מקבלים ארגוני הניהול המשותף מ־YouTube ביחס לאלה המתקבלים משירותי מוזיקה מקוונים (פי 13 לערך). כאמור (ראו דוגמאות GEMA ו־Koda וכן את דו"ח האינטרנט של בזק לשנת 2019 בפרק א.3(ב)(2) לעיל), מודל הפעילות של YouTube מתבסס באופן משמעותי על התכנים של ארגוני הניהול המשותף בתעשיית המוזיקה. ולראיה, למרות שתכנים מוזיקליים מהווים 5% בלבד מהתוכן של YouTube, הם אחראים ל־20% מסך כלל הצפיות של YouTube בשנת 2018.²⁰⁴ נתונים אלה מצביעים את התכנים המוזיקליים כבעלי היחס הגבוה ביותר בין מספר צפיות לבין כמות התוכן, מה שמעיד על המשמעותיות הרבה של תוכן מוזיקלי עבור YouTube (שכן, סוג תוכן שכמותו מועטה ביחס ליתר סוגי התכנים תורם את המספר הרב ביותר של צפיות ל־YouTube). קל וחומר שגם שירותי המוזיקה המקוונים, המפיצים תכני אודיו ואינם מציגים תכני וידאו (כפי ש־YouTube מציגה), מתבססים על תכנים אלה. כמוזכר לעיל, בפרשת הפדרציה למוזיקה ים תיכונית נדונה זכותה של הפי"ל לגבות מחיר שונה עבור רישיון שמיכה מעסקים שונים.²⁰⁵ פסק הדין קבע שהפי"ל רשאית לגבות מחיר גבוה יותר מעסקים שלהם קיימים חשיבות ושימוש נרחבים יותר בתכנים מוגנים:

201 בהקשר זה ראו לדוגמה את הדברים שנאמרו ופורסמו בבלוג הרשמי של YouTube, על ידי מנכ"ל Susan Wojcicki, *The Potential Unintended Consequences of Article 13*, YOUTUBE CREATOR BLOG (Nov. 12, 2018) <https://bit.ly/3zSgSyY> ("We have worked hard to ensure creators and artists are fairly compensated for their work. In the last year, YouTube paid content owners across the EU €800m. We have also paid the global music industry more than €1.5bn from advert-generated revenue alone... We have already taken steps to address copyright infringement by developing technology, like our Content ID programme, to help rights holders manage their copyrights and earn money automatically. More than 98 per cent of copyright management on YouTube takes place through Content ID. To date, we have used the system to pay rights holders more than €2.5bn for third party use of their content")

202 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 5.

203 חשוב לציין כי מהטבלה עולה שגם שירותי המוזיקה המקוונים משלמים יותר לחברות התקליטים – סוגיה זו היא סוגיה נפרדת הראויה להיבדק גם היא. עם זאת, מאמר זה אינו יכול להכיל בדיקה גם של סוגיה זו.

204 Rasty Turek, *What Content Dominates on YouTube?*, PEX (June 4, 2019), <https://pex.com/blog/what-content-dominates-youtube>

205 פרשת הפדרציה למוזיקה ים תיכונית, לעיל ה"ש 58.

”שיטת השיווק באמצעות רישיון השמיכה, כרוכה בקביעת מחירים שונים למשתמשים שונים, כאשר המחיר למשתמש נגזר, בעיקר ממידת החשיבות בהשמעת המוזיקה לעסקן... מספר השומעים... אמת המידה המקימה אפליית מחירים בהקשר שלפנינו, הנה זו הנוגעת לחשיבותה של השמעת המוזיקה עבור עסקן של המשתמש”.²⁰⁶

לפיכך, וחרף ההבדלים הקיימים בין YouTube לבין שירותי המוזיקה המקוונים, יש לתמוה אם פער של פי 13 בין התמלוגים ששירותי המוזיקה המקוונים משלמים לארגוני הניהול המשותף לבין התמלוגים של YouTube משלמת להם הוא מוצדק, ואם אינו נובע רק מפערי כוחות משמעותיים בין שני הצדדים?

כך או כך, סוגיית גובה התמלוגים היא מקרה ספציפי בסוגיה רחבה יותר. סוגיה זו היא יכולתה של YouTube לכפות תנאי הסכם על ארגוני הניהול המשותף. למעשה, סממן שני לניצול לכאורה של כוח לרעה על ידי YouTube שהועלה מתוך הראיונות שקיימנו עם ארגוני הניהול המשותף וגורמים נוספים בתעשיית המוזיקה הישראלית נוגע לאופן ניהול המשא ומתן על תנאי הסכם ההרשאה. לדבריהם, YouTube לכאורה כופה על ארגונים לניהול משותף לקבל תנאי הסכם הרשאה המיטיבים עימה (ובייחוד בכל הנוגע לגובה התמלוגים כאמור). כך טענו בפנינו כי בשל העובדה של YouTube היא פלטפורמות-התוכן המרכזית ובעלת כוח השוק המשמעותי בישראל (כפי שמוסבר בהרחבה כעת בפרק ב, וכן כפי שתוצג נפקות הסבר זה להלן בפרק ג), היא הפכה ל”סקטור” משל עצמה היכול לכפות את תנאי ההסכם מבלי לקיים משא ומתן אמיתי. לטענתם, הם יודעים כי אין להם כל אלטרנטיבה ל-YouTube, נכנעים לדרישותיה וחתומים על הסכמי הרישיון ללא משא ומתן ממשי.²⁰⁷

(ב) ריסון התנהגותה של YouTube מצד הביקוש ומצד ההיצע

על רקע הדברים שתוארו לעיל, יש לשאול – האם הביקוש וההיצע מרסנים את התנהגותה של YouTube? כפי שניווכח להלן, סביר להניח שהתשובה לכך היא שלילית.

(1) ריסון מצד הביקוש

מבחינת הריסון מצד הביקוש, גוף מחזיק בכוח שוק משמעותי יותר ככל שתגובת לקוחותיו להרעת תנאי האספקה מצומצמת יותר – כלומר, ככל שהם ימשיכו לעשות שימוש בשירות או ימשיכו לרכוש את המוצר שלו גם אם הוא מציע להם תנאי התקשרות נחותים.²⁰⁸ ודוק, חרף העובדה שהיבט מרכזי של תיקון 21, מלכתחילה, הוא לשים פחות דגש על נתח השוק ויותר על התנהגות הגוף הנבחן בפועל, התיקון עדיין אינו נוטש לחלוטין התייחסות

206 שם, פס' 87.

207 בהקשר זה ולצורך השוואה ראו את המובא לעיל בה”ש 145, ביחס למצב שבו בעלי זכויות יוצרים חותמים על הסכמי רישיון מול פלטפורמות תוכן כ”Take it or Leave it”.

208 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה”ש 11, בעמ' 6.

ל"נתח שוק". נתח השוק שגוף אוהז בו (וכפועל יוצא נתח השוק של יתר המתחרים שלו) הוא הסממן הראשון (אם כי כאמור, המשני בחשיבותו לצורך תיקון 21) להיעדר ריסון מצד הביקוש על התנהגותו של אותו גוף.²⁰⁹ אם כן, בענייננו, על היעדר ריסון כוחה של YouTube מצד ארגוני הניהול המשותף כ"ביקוש" ניתן ללמוד ממספר דברים.

ביטוי אפשרי לכך עולה מתקרית חוזית שהתרחשה בין אקו"ם לבין YouTube לפני כמה שנים (להלן: תקרית אקו"ם-YouTube).²¹⁰ ב-31 למרץ 2014 פג תוקפו של ההסכם המסדיר את היחסים המשפטיים שבין Google לבין אקו"ם. YouTube שבשליטת Google הפסיקה מיידית את הטמעת הפרסומות בתכנים שבהם קיימות זכויות יוצרים לאקו"ם. כתוצאה מכך, אקו"ם, הגובה תמלוגים עבור יוצרים שאותם היא מייצגת, חדלה מלקבל הכנסות מפרסומות באתר YouTube, זאת תוך ש-YouTube לא הסירה לחלוטין את התכנים המוגנים מהאתר (אלא רק את הפרסומות המוטמעות בהם).²¹¹ הסכסוך החוזי בין אקו"ם ל-YouTube מציף סוגיה נוספת המדגישה עוד יותר את היעדר יכולת הביקוש (ובענייננו, ארגוני הניהול המשותף) לרסן את כוחה של YouTube ואת התלות של הביקוש בה. בשיחה שקיימנו עם אקו"ם ביחס לאותה תקרית חוזית, הודגש בפנינו החשש האמיתי של היוצרים המיוצגים על ידי אקו"ם, מלבד אי-קבלת התמלוגים. הרבה מעבר לחשש מאי-קבלת התמלוגים, היוצרים חששו מכך שיצירותיהם יוסרו מהפלטפורמה,²¹² דבר שעלול היה להביא לפגיעה בפופולריות ויצאה מתודעתם של משתמשי-הקצה, הלוא הם צרכני המוזיקה בישראל (ראו טענות דומות שהועלו בפרק א.3(ב)(2), בעניין סכסוך YouTube-Koda). באקו"ם הוסיפו ואמרו לנו שבשל חשש זה, היוצרים מוכנים "למכור" את רישיון השימוש ביצירותיהם ב"ניוד עדשים". לטענת אקו"ם, חששם של היוצרים הפך למנוף לחץ עליה עצמה, דבר שהביא לכך שהיא לא יכולה הייתה לנהל משא ומתן יעיל מול YouTube.²¹³ מעבר לכך, באקו"ם הדגישו בפנינו גם את הלחץ

209 ש.ם.

210 אבישי בר "אקו"ם במחלוקת מול YouTube, הפרסומות על קליפים ישראלים הוסרו" *Geektime* (3.4.2014). <https://bit.ly/3gMqMui>

211 חשוב לציין, YouTube לא הסירה את התכנים המוגנים של אקו"ם, אלא רק את הפרסומות המוטמעות בהם. הנחתה של YouTube הייתה כי כל עוד היא לא מפיקה מהתכנים המוגנים רווחים, היא אינה מפירה את זכויות היוצרים של אקו"ם בכך שהיא מאפשרת גישה חופשית לתכנים אלה ללא הרשאה תקפה. הנחה זו כמובן בעייתית לאור דוקטרינת ההפרה התורמת, מכיוון שבשלב זה שבו YouTube ידעה מהם התכנים המוגנים שאליהם מתאפשרת גישה חופשית ואשר ביחס אליהם כבר לא היה קיים הסכם הרשאה תקף. מעבר לכך, סביר להניח ש-YouTube אף הרוויחה מכך בצורה כלשהי חרף אי-הטמעת הפרסומות בתכני אקו"ם, זאת לאור העובדה שהתכנים המוגנים של אקו"ם ככל הנראה משכו משתמשים לעשות שימוש בפלטפורמה של YouTube.

212 על היחס השונה שמקורות תוכן שונים מקבלים מצד YouTube ראו Caplan & Gillespie, לעיל ה"ש 40.

213 מעניין לציין כי כששאלנו את אקו"ם האם לדעתם קיים סיכוי ש-YouTube תחדל לפעול בישראל ככל שתהיה אסדרה "קשה" יותר לגביה, השיבו: "איננו חושבים. השוק הישראלי הוא שוק שכדאי ל-YouTube לעבוד בו – גם במוזיקה וגם בהקשרים אחרים. לכן, לדעתנו מדובר בטענה

שהופעל עליה מחברות התקליטים שהפסידו הכנסות מכל יום שבו לא הוטמעו פרסומות בתכנים שאותם הן מחזיקות.²¹⁴ באופן ישיר לכך, גם בחברת הליקון איששו בפנינו חשש זה מצידם של היוצרים. הליקון ציינו בפנינו כי ניתן לתאר את היחסים שבין בעלי זכויות היוצרים לבין YouTube כ"יחסי אהבה-שנאה". מצד אחד הם יודעים ש-YouTube אינה משמשת כמקור תשלום ראוי עבור תכנים מוגנים, ומהצד האחר הם אינם רוצים להיות מודרים מ-YouTube, שכן מדובר בפלטפורמה הכמעט בלעדית מסוגה בישראל והיעילה ביותר המשמשת להפצת תכנים.²¹⁵

שילוב כלל הנסיבות שתוארו לעיל מצביע על כך שלביקוש (בענייננו, ארגוני הניהול המשותף) אין יכולת ממשית לרסן את כוחה של YouTube. קרי, חרף חוויותיהם השליליות של ארגוני הניהול המשותף ביחסיהם החוזיים עם YouTube, הם חוזרים ו"מתקשרים בשירותיה" כפלטפורמה להפצת תוכן באמצעות הסכמי הרשאה במתכונת של רישיונות שמיכה.²¹⁶

(2) ריסון מצד ההיצע

על פי מסמך גילוי הדעת של רשות התחרות, במסגרת "ריסון מצד ההיצע" יש לבחון גם את הרסנים על הגוף הנבחן המופעלים עליו כתוצאה מתגובתם הצפויה של ספקים אחרים.²¹⁷ אם סביר להניח שגורמים העומדים על סף השוק צפויים להיכנס אליו בתגובה להרעת תנאי האספקה עבור הביקוש בהשוואה לתנאים התחרותיים, או שגורמים הנמצאים כבר בשוק צפויים להתרחב בו או לשמש כספקים חלופיים ללא צורך בהתרחבות, אזי בפני אותו ספק

שאינה רלוונטית. כדאי ל-YouTube וגם ל-Google לפעול בישראל, זה שוק אטרקטיבי עבורן". כמובן, כל אסדרה תצטרך להתחשב במגוון שיקולים.

214 יצוין כי לדברי אקו"ם, לחברות התקליטים המחזיקות בפועל ביצירות קיים כוח מיקוח רב יותר מזה הקיים לה, ולפיכך, להערכתה, גובה ההכנסות של חברות התקליטים מ-YouTube גבוה פי ארבע מזה שלה.

215 ראו גם דבריה של היוצרת איה כורם כפי שהובאו בפנינו: "YouTube היא ערוץ ההפצה המרכזי של מוזיקה, גם בעולם וגם בישראל. חלק מהמשתמשים אולי ידעו לחפש אותך ב-Spotify או ב-Deezer, אבל מדובר על נתח שאינו גדול. כל אחד, בכל גיל, מכיר ויודע להשתמש ב-YouTube". בהקשר זה ראו גם Cary Sherman, *Medium: Five Stubborn Truths about YouTube and the Value Gap*, RIAA (RECORDING INDUSTRY ASSOCIATION OF AMERICA) WEBSITE (Aug. 18, 2017) <https://bit.ly/3xPvgpV> ("Google's YouTube is the world's biggest on-demand music service, with more than 1.5 billion logged-in monthly users").

216 בדומה לטענות אלה, זה המקום לציין כי במסגרת שימוע שנערך לארבע החברות הגדולות בעולם – Apple, Amazon, Google ו-Facebook – ביחס לכוח השוק שלהן בארצות הברית, נשאלה Amazon שאלה הטומנת בחובה טענות דומות: "If Amazon didn't have a monopoly power over these sellers, do you think they would choose to stay in a relationship that characterized by bullying, fear and panic?" בהקשר זה ראו LIVE: CEOs of Facebook, Amazon, Google and Apple face Congress in antitrust hearing, YOUTUBE 03:37 (July 29, 2020) <https://www.youtube.com/watch?v=T0gJYFX8WVc>.

217 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 8.

מצויים רסנים תחרותיים משמעותיים, ואין בידי כוח שוק משמעותי.²¹⁸ חשוב לציין, על מנת שתגובה כאמור מצד ההיצע תביא לריסון התנהגותו של הגוף הנבחן באופן שימנע ממנו כוח שוק משמעותי, חובה שהיא תהיה צפויה לקרות בהסתברות גבוהה, במהירות ובהיקף מספק (Likely, Timely and Sufficient).²¹⁹ בהסתברות גבוהה: היינו, שקיימת הסתברות גבוהה שכניסה או התרחבות כאמור יתרחשו, בהתחשב גם בכדאיות של המהלך מנקודת מבטו של המתחרה הפוטנציאלי;²²⁰ במהירות: היינו, שהכניסה או ההתרחבות צפויים להתרחש בטווח הזמנים המידי ובקצב מהיר מספיק על מנת להרתיע או לסכל ניסיון להפעלת כוח שוק מצד אותו גוף נבחן;²²¹ בהיקף מספק: היינו, שהכניסה או ההתרחבות היא בהיקף שיאפשר למתחרה לקלוט נתח משמעותי מהלקוחות שיבקשו לעזוב את מי שמנסה לנצל כוח שוק, ובכך תהפוך את הניסיון לבלתי אפשרי או לבלתי כדאי.²²²

כידוע, קיימים מגוון חסמי כניסה לשוק.²²³ כאשר עוסקים בסיכויי הכניסה לשוק פלטפורמות-התוכן והצבת תחרות בפני YouTube, יש להתחיל את הדיון בראש ובראשונה עם חסם כניסה אחד מרכזי – יתרון לגודל ולמגוון.²²⁴ פעמים רבות, יתרון זה מעניק כוח שוק עצום לשחקן הוותיק בשוק. כזה הוא המקרה בעניינינו. YouTube היא פלטפורמה מקוונת מבוססת תוכן משתמשים. לפיכך, ככל הפלטפורמות שבהן "חומר הגלם" המרכזי הוא קבוצות המשתמשים השונות,²²⁵ גם מטרתה המרכזית של YouTube היא למשוך לתחומה את קבוצות-המשתמשים בה.²²⁶ זוהי משימה שאינה פשוטה, אשר פלטפורמות רבות מתקשות להשלימה.²²⁷ בתחילת דרכה, אפילו YouTube הגדולה ניסתה במשך תקופה ארוכה למשוך לתחומה את קבוצות-משתמשי הפלטפורמה.²²⁸ האטרקטיביות של כל פלטפורמה תלויה בעיקר ביכולת שלה לשכנע כל צד כי היא תצליח למשוך לתחומה את הצד האחר.²²⁹ תופעה זו בה צד אחד משפיע על הצטרפותו של הצד האחר בפלטפורמה ידועה, כאמור, בשם "Indirect

- 218 ש.ם.
 219 להרחבה ראו שם, בעמ' 9. כן ראו גילוי הדעת "מיזוגים אופקיים", לעיל ה"ש 157, בעמ' 20–22.
 ראו גם פס' 16 להנחיות האירופאיות באותו נושא: Communication from the Commission – Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Art. 82 of the EC Treaty (Feb. 24, 2009) C 45/7, to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings.
 220 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 9.
 221 ש.ם.
 222 ש.ם.
 223 לסקירה של חסמי כניסה ראו גילוי הדעת "מיזוגים אופקיים", לעיל ה"ש 157, בעמ' 21–22.
 224 שם, בעמ' 9. כן ראו שם, בעמ' 21 ("במסגרת ניתוח חסמי הכניסה, הרשות תבחן את הגורמים הבאים... קיומם וחשיבותם של יתרונות לגודל ויתרונות למגוון (Economies of Scale/Scope)").
 225 ראו European Commission's Staff Working Document, לעיל ה"ש 114, בעמ' 4–5.
 226 בהקשר זה ראו לעיל פרק א.3(ב)(2). כן ראו בהקשר זה Schmalensee & Evans, לעיל ה"ש 37, בעמ' 158.
 227 Evans, *Why the Dynamics of Competition*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 34.
 228 שם, בעמ' 34.
 229 ראו Halaburda & Yehezke, לעיל ה"ש 118, בעמ' 275.

”network effect” (השפעת רשת עקיפה).²³⁰ משמעות תופעה זו היא שככל שרשת המשתמשים בפלטפורמה מתרחבת, כך יש אינטרס לכולם להצטרף לפלטפורמה מכיוון שהם מעוניינים לפגוש באותה הפלטפורמה מספר רב יותר של קבוצות משתמשים אחרות.²³¹ תופעת ”השפעת הרשת העקיפה” גורמת למצב שבו לפלטפורמות גדולות יש יתרון, המוכר בשם ”Coordination Bias” (הטיית התיאום), ולפיו כל קבוצות המשתמשים בפלטפורמה נוטות להצטרף לפלטפורמה הגדולה ביותר.²³² כך נוצרת מעין ”הטיית תיאום” בין הצדדים המצטרפים יחדיו לאותה פלטפורמה גדולה.²³³

מכאן, שפלטפורמות חדשות, שמטבע הדברים יהיו קטנות יותר במספר המשתמשים בהן, מצויות בחיסרון תחרותי מול פלטפורמות קיימות ומבוססות.²³⁴ דברים אלה נכונים אף יותר דווקא במודל פלטפורמות-התוכן בענייננו – משמע, במודל של אספקת מוצר חינמי תוך התבססות על מודל כלכלי של פרסום, שכן התלות בקבוצות השונות בפלטפורמה גדל.²³⁵ כך, במסמך גילוי הדעת של רשות התחרות, נכתב ביחס לרשתות חברתיות אינטרנטיות (המאופיינות במידת מה בפעילות דומה לפעילותה של YouTube) כי כוח שוק משמעותי ייבחר, בין השאר, על סמך העובדה שהן ”מבוססות על היכולת לחבר בין מעגלים רחבים של אנשים. רשת חברתית שכבר יש לה משתמשים רבים תמשוך משתמשים חדשים להצטרף דווקא אליה בזכות מאגר המשתמשים הרחב שכבר יש לה. רשת חברתית חדשה שתוצה להיכנס כמתחרה תצטרך כבר בשלב הראשון לבסס מאגר משתמשים גדול כדי להיתפש כרלוונטית. נוכח

230 ראו לעיל ה”ש 119.

231 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה”ש 11, בעמ’ 14 (”קיימים שווקים בהם קיים אפקט רשת... מי שיבקש להיכנס לשוק מסוג זה בהיקף מצומצם יתקשה לעשות כן... המדובר למעשה בסוג של חסם כניסה, אשר עשוי להעניק יתרון למי שכבר בשוק ושכבר יש לו מאגר לקוחות גדול. במקרה כזה, קיומו של אפקט רשת עשוי להגביל את מידת הריסון מצד שחקנים שנמצאים מחוץ לשוק או שהיקף פעילותם בשוק קטן ובכך להגדיל את כוח השוק שבידי שחקן הפועל כבר בשוק בהיקף גדול”).

232 Bruno Jullien & Wilfried Sand-Zantman, *The Economics of Platforms: A Theory Guide for Competition Policy*, 1 TSE DIGITAL CENTER POL’Y PAPER SERIES 1, 18 (2019) (“A focal platform is one that every single agent believes will be chosen by the other agents when there is some indeterminacy”).

233 Halaburda & Yehezke, לעיל ה”ש 118, בעמ’ 275.

234 Eidsvold-Toien, לעיל ה”ש 30, בעמ’ 10: “These economies of scale are further enhanced by the platform format of the new services, which means that services with a larger number of users are also perceived as more valuable”. Cunnigham & Craig, לעיל ה”ש 44, בעמ’ 2: “The advantage of the size and scale of the big digital platforms is further compounded by their first mover advantage”.

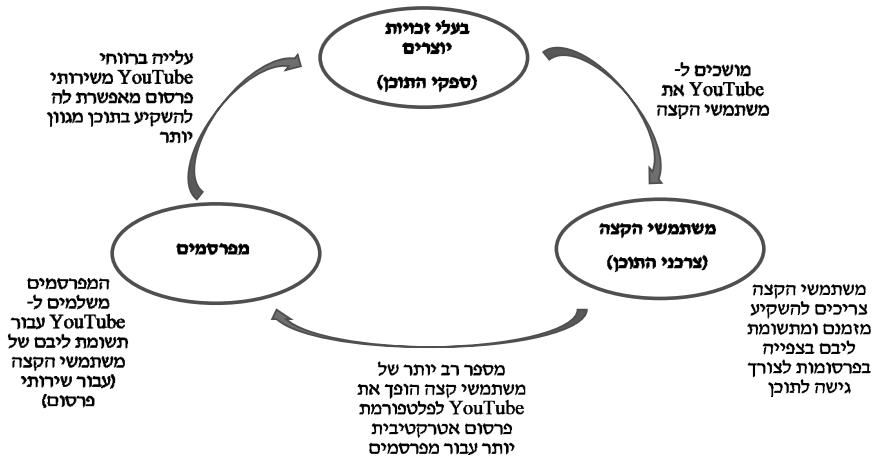
235 ראו Alleman, Baranes & Rappoport, לעיל ה”ש 111, בעמ’ 2: “For Facebook, Google and other internet giants gain their position from the existence of positive externalities, i.e. network effects, such that the service becomes more valuable to users, the more users there are. Adding users makes the service more valuable, which attracts more users, which makes it more valuable, etc. The expansion of network effects is underpinned by a business model that provides their services free to end-users and relies on advertising revenues for profits”.

הקשיים שיש בביסוס מאגר משתמשים כאמור, יכולתה של רשת חדשה לרסן את כוח השוק של רשת קיימת עשויה להיות מוגבלת.²³⁶

דברים אלה עשויים להשליך על ענייננו. כאמור, אנו עוסקים ב־YouTube, הלוא היא פלטפורמת־תוכן מבוססת תוכן משתמשים בעלת מודל הפקת רווחים עיקרי המבוסס על פרסום.²³⁷ אזור 3, לעיל מציג את קבוצת־המשתמשים הקיימות ב־YouTube ומציג אותן תחת שתי שכבות נפרדות. כמוסבר בהרחבה לעיל,²³⁸ קיימת תלות בין קבוצת־המשתמשים בשתי שכבות אלה כך שתוכן מגוון יותר (בעלי זכויות יוצרים) מושך לפלטפורמה של YouTube יותר משתמשי קצה (ולהיפך), וכהמשך לכך, מספר רב יותר של משתמשי קצה מושך יותר מפרסמים כמקור הרווח של YouTube (כאמור, לצורך המאמר בלבד, התייחסות ל"בעלי זכויות היוצרים" תיחשב כהתייחסות ל"ארגונים לניהול משותף" – ולהיפך).²³⁹ רשות התחרות התייחסה לכך במסמך גילוי הדעת וכתבה כי בשווקי פלטפורמות דו־צידיים "מספר הלקוחות מסוג אחד ישפיע על הביקוש של הסוג השני (ולעיתים גם להיפך)".²⁴⁰ מסמך גילוי הדעת אף ממקד יותר את הדיון סביב השפעת מספר משתמשי הקצה בפלטפורמה על קבוצת המפרסמים ומדגים זאת באמצעות המקרה של "עיתון". לפי מסמך גילוי הדעת, במקרה שבו העיתון יעלה מחירים לקוראיו (נמשל למשתמשי הקצה בענייננו), אזי יהיו פחות קוראים. כשיהיו פחות קוראים, ערך שירותי הפרסום יפחת עבור המפרסמים, דבר שעלול להשפיע לרעה גם על מספרם בעיתון או על גובה עלות שירותי הפרסום שהם מוכנים לשלם.²⁴¹ נוסף על אזור 3 לעיל, ניתן להמחיש את תלות קבוצת־המשתמשים השונות ב־YouTube באופן הבא:²⁴²

- 236 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 14–15.
- 237 ביחס למודל פלטפורמות של Advertisement Funded-Zero Users Pricing Platforms Business Model Services ראו Shekhar, לעיל ה"ש 3.
- 238 ראו לעיל פרק א.
- 239 בהקשר זה ראו הדיון לעיל בפרק א.1; בהקשר זה יצוין כי על פניו אין למשתמשי הקצה אינטרס להצטרף לפלטפורמה כאשר מדובר בשכבה השנייה, שכן האינטרס שלהם להיחשף לפרסומות קטן. מצב מעין זה, בו צד א' מעוניין יותר מאשר צד ב' מעוניין בו, מוכר כ"אסימטריה" בהשפעות רשת עקיפות. עם זאת, מצב מעין זה מוכר בפלטפורמות ובשווקים דו־רב־צידיים, ואין אסימטריה זו שוללת את אופיים הדו־רב־צידים. בהקשר זה ראו Lapo Filistrucchi, Damien Geradin & Eric van Damme, *Identifying Two-Sided Markets* (TILEC Discussion Paper no. 2012-008, 2012). ראו גם Jian Li, *Is Online Media a Two-Sided Market?*, 31 COMPUTER L. & SECURITY REV. 99, 100–104 (2015). מעבר לכך, יש אף שטוענים כי במידת מה גם למשתמשי הקצה יש רצון להיחשף לפרסומות. בהקשר זה ראו Schmalensee & Evans, לעיל ה"ש 37, בעמ' 153.
- 240 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 14.
- 241 שם.
- 242 ביחס לכך ראו את דבריו של המלומד Evans ביחס לקשר שבין תוכן – תשומת לב משתמשי הקצה – ומפרסמים, לעיל ה"ש 125.

איור 4: מעגל התלות בין קבוצות המשתמשים ב־YouTube



התלות של קבוצות המשתמשים ב־YouTube אלה באלה נובעת בין השאר מגודלה של YouTube כפלטפורמה, שכן הן נוטות להצטרף לפלטפורמה הגדולה ביותר.²⁴³ על כן, כשקיימת בשוק פלטפורמה מרכזית גדולה, אזי כאמור, "יכולתה של רשת חדשה לרסן כוח השוק של רשת קיימת עשויה להיות מוגבלת".²⁴⁴ אומדן "גודל הפלטפורמה" נקשר לרוב ל"יתרון הראשוניות".²⁴⁵ כך, בענייננו, בתחילת דרכה YouTube לא הייתה צריכה להתחרות בפלטפורמת־תוכן בסדר הגודל שלה. במידת מה היא הייתה הפלטפורמה הראשונה מסוגה. שנים רבות לאחר מכן, YouTube התבססה וצברה צי ענק של קבוצות־משתמשים. כעת, YouTube קוצרת את פירות ראשוניותה בכך שתכונה זו הובילה לגודלה העצום, דבר שכאמור יוצר חסם כניסה לשוק פלטפורמות־התוכן. לפיכך, וחרף העובדה שיתרון הראשוניות נשחק קמֶעָה בעידן הדיגיטלי לאור הקלות היחסית שבפיתוח פלטפורמות המבוססות קוד תכנות,²⁴⁶ נדמה כי הזותן של פלטפורמות גדולות וחזקות הנהנות מיתרון הראשונית תהיה משימה קשה במיוחד ללא התערבות חיצונית רגולטורית.²⁴⁷

243 Cunningham & Craig, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2.
 244 מסמך גילוי הדעת, לעיל ה"ש 11, בעמ' 14–15; לקשר שבין קבוצות המשתמשים בפלטפורמות לבין רווחיהן מפרסום ראו גם Susan Wenograd, *YouTube Ad Revenues, Creative Output May Grow During Coronavirus*, SEARCH ENGINE J. (Mar. 30, 2020) <https://bit.ly/3qwutI5>.
 245 Cunningham & Craig, לעיל ה"ש 44, בעמ' 2: "The advantage of the size and scale of the big digital platforms is further compounded by their first mover advantage".
 246 Evans, *Why the Dynamics of Competition*, לעיל ה"ש 119, בעמ' 9.
 247 Handke & Towse, לעיל ה"ש 64, בעמ' 952.

בנוסף לחסם הכניסה של "גיוון וגודל", וכהמשך ישיר לו, חסם כניסה אפשרי נוסף הוא "מידת קלות הגישה לתשומות חיוניות, לרבות מתקני הפצה, טכנולוגיה וידע".²⁴⁸ כך, למשל, במסמך מדיניות שפרסם האיחוד האירופי ואשר עוסק ב"תחרות בעידן הדיגיטלי" נכתב שלפלטפורמות גדולות יש יתרון בגישה למידע.²⁴⁹ הסיבה לכך היא שכאמור, מקור המידע הזה הוא לרוב מידע אישי של קבוצות-המשתמשים. ככל שגודלן של קבוצות-המשתמשים רב יותר, כך לפלטפורמה יהיה יותר מידע. כפי שהוסבר לעיל, מידע אישי על אודות משתמשי-הקצה נאסף, מנותח ונמכר למפרסמים כשירות של "פרסום חכם" המכוון למשתמשי-הקצה עצמם על פי תחומי העניין שלהם. ככל שהמידע יהיה רב יותר, השירות יהיה יעיל ומדויק יותר.²⁵⁰ מלבד שיפור שירותי הפרסום, גם מערכת המלצות התוכן המיועדת למשתמשי-הקצה תלויה באיסוף וניתוח מידע רב יותר.²⁵¹ בענייננו, יתרון הגודל של YouTube מאפשר לה לצבור מידע בהיקף עצום ובכך לשפר את שירותיה ביחס למתחרים פוטנציאליים שסביר להניח שיפסידו בקרב זה. דבר זה משמר את מעמדה של YouTube ומדכא ניסיונות אפשריים להתחרות בה.

בנוסף לכל אלה, יש לציין את החשש מפני יחס מועדף שיינתן ל-YouTube על ידי Google המחזיקה בה. חשש זה מוכר בשם "העדפה עצמית" (Self-Preferencing).²⁵² העדפה עצמית היא מונח המתאר מצב בו גוף מסחרי, לרוב בעל כוח שוק, מעניק יחס מועדף לשירותים או

- 248 גילוי הדעת "מיזוגים אופקיים", לעיל ה"ש 157, בעמ' 21.
- 249 European Commission, *Competition Policy for the Digital Era* 65–66 (2019) <https://bit.ly/3gPBpwE>.
- 250 "Online attention : 17 בעמ' 119, לעיל ה"ש 119, Evans, *Why the Dynamics of Competition* platforms use customer data to improve performance for advertisers who reach the most likely actual consumers of their products, and for consumers who receive targeted advertising and fewer irrelevant ads" Justin, *Why YouTube is a Monopoly*, ראו גם <https://bit.ly/3j7CNMG> ("Why Google owns YouTube[?] One word. Ads. They're in the business of collecting information on users – info about our interests and hobbies, our work, relationships – whatever. They then use this information to provide a platform for advertisers to effectively target users. The more info they have on you, the more effective the ads") Catherine Tucker, *Digital Data, Platforms and the Usual [Antitrust] Suspects: Network Effects, Switching Costs, Essential Facility*, 54 REV. OF INDUS. ORG. 683 (2019). כך למשל רשות התחרות העניקה פטור בתנאים מהסדר כובל לחברת ארטימדיה לצורך חבירה לאתרים ישראלים ושיפור יכולות שירותי הפרסום שהיא מעניקה לצורך יצירת תחרות לאתרי אינטרנט זרים כמו YouTube הפועלים בישראל. במסגרת פעילותה, חברת ארטימדיה נחשפת למידע על אודות פעילותם של משתמשי הקצה במגוון אתרים ישראלים. בהקשר זה ראו "החלטה בדבר מתן פטור בתנאים מאישר הסדר כובל בין ארטימדיה טכנולוגיות בע"מ אתרי אינטרנט ישראלים" (23.2.2016) <https://bit.ly/3xNdkfE>.
- 251 Miroslav Jakab, *Effective Regulation, Legal Certainty and the Conundrum of Online Platform Self-Preferencing* 1 (Charles University in Prague Faculty of Law Research Paper Damien Geradin & Dimitrios Katsifis, "Trust Me, I'm Fair": Analysing Google's Latest Practices in Ad Tech From the Perspective of EU Competition Law (TILEC Discussion Paper no. DP 2019-029, 2019).
- 252

מוצרים שבשליטתו ומקדם אותם על פני מוצרים או שירותים מתחרים.²⁵³ כך, יכול אותו גוף מסחרי לדחוק שירותים או מוצרים מתחרים הצידה ולנטרל תחרות פוטנציאלית בשוק של אותם שירותים או מוצרים. בענייננו, החשש מפני התנהגות שכזאת על ידי Google הוא ממשי. בשנת 2017 הנציבות האירופית קבעה ש-Google (כמנוע חיפוש) ניצלה את כוחה ונתנה יחס מועדף לשירות השוואת המחירים שלה (Comparison Shopping Service) בכך שקידמה אותו על פני שירותי השוואת מחירים אחרים והפנתה דווקא אליו משתמשים.²⁵⁴ בכך, הפרה את סעיף 102 ל-Treaty on the Functioning of the European Union, האוסר על ניצול כוח שוק הפוגע בתחרות.²⁵⁵ Google נקנסה בסכום של 2,424,495,000 אירו.²⁵⁶ גם בארצות הברית סוגיית ה"העדפה העצמית" מצד Google מעוררת חשש. למעשה, האופן שבו נדון חשש זה בארצות הברית רלוונטי יותר לענייננו. בדו"ח בן כמעט 500 עמודים המתמקד בין השאר בכוח השוק של Google ושפורסם בחודש אוקטובר 2020 על ידי בית הנבחרים האמריקאי נכתב כי קיים חשש שמא Google מעניקה יחס מועדף בתוצאות החיפוש שלה ל-Youtube.²⁵⁷ האשמה זו התבססה על דיווח של ה-WALL STREET JOURNAL, על פיו Google (כמנוע חיפוש) מציגה למשתמשיה תוצאות חיפוש דווקא מתוך Youtube.²⁵⁸ למרות ש-Google הכחישה התנהגות זו המיוחסת לה, היא לא סיפקה כל ראיה התומכת בהכחשתה.²⁵⁹ התנהגות שכזאת מצידה של Google לטובתה של Youtube יכולה לשמש כחסם כניסה נוסף עבור מתחרים פוטנציאליים לשוק פלטפורמות-התוכן. דבר זה מתעצם לאור העובדה ש-93% מפעילותם של משתמשי האינטרנט מתרחשת כיום דרך מנועי חיפוש,²⁶⁰ וכן לאור העובדה ש-Google היא מנוע החיפוש המרכזי הקיים כיום והמשמש כמעין "שער" לכל האינטרנט.²⁶¹ לפיכך, קיים חשש כי חיפוש שמתחיל ב-Google, יסתיים בהכרח באחד משירותיה של Google – ובענייננו, יסתיים

- Jakab 253 לעיל ה"ש 252, בעמ' 1.
- Korbinian von Blanckenburg, *Google Search Abuses Dominant Position to Illegally Favour Google Shopping: An Economic Review of the EU Decision*, 20 DIGITAL POL'Y, REGULATION & GOVERNANCE 211 (2018) 254
- The Treaty on The Functioning of the European Union, Official Journal C 326, P. 0001–0390 (Oct. 26, 2012) 255
- Summary of Commission decision of 27 June 2017 relating to a proceeding under Article 102 of the Treaty on the Functioning of the European Union and Art. 54 of the EEA Agreement (Case AT.39740 — Google Search (Shopping)), <https://bit.ly/3gPBOiE> 256
- Sam Schechner, Kristen Grind & John West, *Searching for Video? Google Pushes YouTube Over Rivals*, WALL ST. J. (July 14, 2020) <https://on.wsj.com/3gP5coW> 257
- Investigation of Competition in Digital Markets, לעיל ה"ש 12, בעמ' 191. 259
- Search Engine Statistics, 99 FIRMS (2020) <https://bit.ly/2T1pGBP> 260
- Lisa Mays, *The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe*, 83 GEO. WASH. L. REV. 721, 727 (2015) ("Google dominates horizontal search and possessed 64.4% of the market in the United States as of January 2015, and approximately 90% of the market in Europe") 261

ב-YouTube²⁶². דבר זה עלול להביא לשימור כוחה של YouTube על פני מתחרים פוטנציאליים.

לאור כל האמור לעיל, אין זה מפתיע כי למרות חוסר הסיפוק שמפגינים ארגוני הניהול המשותף וגורמים נוספים בתעשיית המוזיקה בישראל מיחסה של YouTube, לא קמים לה מתחרים משמעותיים – ובטח שלא בהיקף ובמהירות הדרושים כדי "לאיים" על מעמדה. דבר זה מעיד לכאורה על היעדר ריסון מצד ההיצע כלפי התנהגותה של YouTube.

ג. נפקות החלת תיקון 21 על YouTube

לאור הניתוח שבוצע לעיל על בסיס תיקון 21, עולה חשש אפשרי כי ל-YouTube כוח שוק משמעותי בישראל בכל הקשור ליחסיה מול ארגוני הניהול המשותף. לפיכך, ייתכן שראוי להגדיר את YouTube כ"מונופול התנהגותי"²⁶³. כפי שנראה להלן, עשויות להיות לכך השלכות על ההגדרה המשפטית של מערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. בפרט, אם YouTube היא "מונופול התנהגותי", הרי שבפנינו שני צדדים ריכוזיים התלויים זה בשירות או במוצר של זה – ארגוני ניהול משותף כ"הסדרים כובלים" ו-YouTube כ"מונופול". נסיבות אלה מבטאות מצב המזכיר **מונופול דו-צדדי**. מונופול דו-צדדי מוגדר כמצב בו קיימים שני צדדים ריכוזיים בעלי שליטה בשירות או במשאב שהצד הנגדי מעוניין בו.²⁶⁴ כאמור, תמריצים שונים מביאים את ארגוני הניהול המשותף ואת YouTube להתקשר בהסכמי הרשאה.²⁶⁵ בנוסף, כמוסבר לעיל, ארגוני הניהול המשותף הם גופים ריכוזיים העולים כדי "הסדרים כובלים" המאגדים מנעד רחב של זכויות ביצירות מוגנות. במקביל, על פי תיקון 21, גם ל-YouTube אופי ריכוזי והיא ראויה להיחשב כמונופול התנהגותי המציע פלטפורמה עבור ארגוני הניהול המשותף (בעלי זכויות היוצרים) לצורך הפצת תכנים.²⁶⁶

262 על פי דברים שנאמרו במהלך שימוע שנערך ל-Google בקונגרס האמריקאי. LIVE: CEOs of Facebook, Amazon, Google and Apple face Congress in antitrust hearing, in YouTube (July 29, 2020), <https://www.youtube.com/watch?v=T0gJYFX8WVc>. ("Google also began to privilege its own sites. An investigative report published just yesterday found that 63% of web searches that start on Google also ends somewhere on Google's own websites. To me that's evidence that Google is increasingly a walled garden which keeps users on Google's sites even if Google doesn't have the most relevant information, and it's economically catastrophic for other companies online")

263 *Search Engine Statistics*, לעיל ה"ש 260.

264 ס' 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית.

265 יהודה אדר **התשלום העונשי כסנקציה בדיני החוזים** 303 (2003).

266 ראו הדיון לעיל בפרק א.3(ב).

266 ביחס להגדרת סוג השוק של YouTube ראו לעיל לעיל פרק א.1. בענייננו חשוב לציין שבמקביל לכך ש-YouTube מספקת פלטפורמה להפצת תכנים, היא גם "דורשת רישיון" במסגרת מערכת היחסים שבינה לבין ארגוני הניהול המשותף. במובן זה היא גם מעין "לקוחה", "צרכנית" (לכאורה בלעדית) של רישיונות השמיכה כאמור. מצב של צרכן בלעדי מוגדר כ"מונופוסון"

מצב של מונופול דו-צדדי אינו בהכרח תופעה שלילית ואף יכול לשמש ככוח נגד וככלי לאיזון כוחם של ארגונים לניהול משותף בהיותם הסדר כובל.²⁶⁷ לפיכך, לא כל מצב של מונופול דו-צדדי הוא בהכרח כזה שיש לפקח עליו או להתערב במערכות היחסים החוזיות שמתבצעות במסגרתו. עם זאת, קיימים מצבים שבהם פערי הכוחות ביחסים שבין שני גופים בעלי אופי מונופוליסטי יוצאים מאיזון.²⁶⁸ או אז ייחשב מצב של מונופול דו-צדדי כ"אינו מאוזן" במסגרתו לצד אחד יש כוח חוזי רב יותר משמעותית על הצד האחר. כוח חוזי זה, כפי שהוצג לעיל, נובע מכוח שוק משמעותי שלכאורה קיים ל־YouTube. כוח שוק זה לטובתה של YouTube מתעצם כאשר מדובר בארגוני ניהול משותף. בהקשר זה ציינה בפנינו אקו"ם כי "כוח המיקוח שלנו מול YouTube הוא חלש. בגדול, כל האגודות הן באותה הבעיה, אבל יש אגודות שהפרטואר שלהן יותר גדול, ולכן כוח המיקוח שלהן הרבה יותר חזק – למשל, PRS, האיגוד האנגלי, שיש לו הרבה יותר יוצרים המופצים בכל העולם והיצירות שלהם בשפה האנגלית. לעומת זאת, היצירות של אקו"ם הן בשפה העברית ולכן השוק של היצירות האלה הוא השוק המקומי, אין כמעט ייצוא. אבל גם האגודות החזקות כמו PRS באנגליה עדיין סובלות".²⁶⁹

אלא שכאילו לא די בפערי הכוחות בין הצדדים, נדמה שחוסר איזון זה מתעצם לאור תנאי הפעילות המוטלים על ארגוני הניהול המשותף מצד רשות התחרות. איתות לחשש זה ניתן לקבל מהתקרית החוזית בין אקו"ם לבין YouTube.²⁷⁰ כאמור, בתפוגתו של הסכם ההרשאה בין אקו"ם לבין YouTube, עלה סכסוך בין השתיים ביחס לגובה התמלוגים שעל YouTube לשלם. תנאי הפעילות המוטלים על אקו"ם נועדו, לכאורה, להגן על YouTube בכך שהם מאפשרים לה לשלם את סכום התמלוגים שהייתה רגילה לשלם קודם לפרוץ הסכסוך (מכונה

(Monopsony). בהקשר זה ראו ה"ע 8006-03 (מחוזי י-ם) **יהודה פלדות בע"מ נ' הממונה על הגבלים עסקיים** (פורסם בנבו, 11.4.2007); ביחס להגדרת המונח "Monopsony" ראו Handke & Towse, לעיל ה"ש 64, בעמ' 941. ראו גם Wah Chin, לעיל ה"ש 57, בעמ' 272.
 267 "The economic literature offers three main mitigating factors regarding the problem of CCS' monopoly power: regulation, bilateral monopoly and price discrimination". Handke & Towse, לעיל ה"ש 64, בעמ' 941.
 268 Dasgupta Siddhartha and Devadoss Stephen, *Equilibrium Contracts in a Bilateral Monopoly with Unequal Bargaining Powers*, 16 INT'L ECON. J. 43 (2002).
 269 על אודות PRS הפועלת באנגליה ראו <https://www.prsformusic.com/what-we-do>. ביחס לטענה כי גם ארגוני ניהול משותף גדולים לא מצליחים לגבש הסכמים ראויים בשל כוח מיקוח חלש, ראו שאלות-תשובות באתר GEMA (המקבילה של אקו"ם בגרמניה) (תורגם מגרמנית), "YouTube agreed to a payment to the) <https://www.gema.de/aktuelles/eu-urheberrecht/> authors in 2016 with GEMA. However, this is still far below the level that a composer receives, for example, when his song is played on the radio, television or during live performances. The problem: Some so-called 'user uploaded content' platforms, including YouTube, simply deny that they have to conclude a fair contract with the authors. This leads to unequal bargaining power" ; קיימות כמה מדינות שבהן YouTube משלמת את גובה התמלוגים הגבוה ביותר. בהקשר זה ראו *How Much does YouTube Pay for 1,000 Views in* <https://bit.ly/35J4bsb> (Aug. 2, 2019), <https://bit.ly/35J4bsb>. 2020, TRAVELPAYOUTS (Aug. 2, 2019), <https://bit.ly/35J4bsb>.
 270 בהקשר זה ראו בר, לעיל ה"ש 210.

בתנאי הפעילות: "דמי שימוש זמניים")²⁷¹, זאת עד אשר יתקבל סעד מבית המשפט ביחס לגובה התמלוגים שעל YouTube לשלם.²⁷² חרף זאת, בתקופת סכסוך זה, YouTube בחרה "לשבור את הכלים" ולהסיר את הפרסומות מהתכנים השייכים לאקו"ם וכך להפסיק לשלם תמלוגים לאקו"ם וממילא ליוצרים עצמם באופן מוחלט. כך, הואיל וארגוני הניהול המשותף בישראל זקוקים ל-YouTube, בחרה YouTube לנקוט דרך קיצונית יותר מאשר להסתמך על ההגנה הנתונה לה בתנאי הפעילות המוטלים על אקו"ם, ובעצם הסירה את הפרסומות מהתכנים של זו האחרונה ובכך הפסיקה באופן מוחלט את תשלום התמלוגים. התנהלות זו משקפת לכאורה את העובדה שבמאזן הכוחות שבין YouTube לארגוני הניהול המשותף, YouTube אינה זקוקה להגנה, ובטח שלא להגנה הממוסדת הניתנת לה באמצעות תנאי הפעילות המוטלים על ארגוני הניהול המשותף מצד רשות התחרות. מקרה זה גם מצביע על סכנה פוטנציאלית בעיוות שיצר המצב הקיים: פערי הכוחות הקיימים בין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף מועצמים לאור העובדה שארגוני הניהול המשותף רואים עצמם מחויבים בתנאי הפעילות ביחסיהם החוזיים מול YouTube ומוגבלים על ידיהם, בעוד שזו האחרונה זוכה להגנה שהיא אינה זקוקה לה. ברצותה תסתמך על הגנות בתנאי הפעילות האמורות לסייע לה, ובמקרים אחרים תנקוט פעולות קיצוניות יותר מול ארגוני הניהול המשותף. בהקשר זה של תנאי הפעילות, באקו"ם אף טענו בפנינו כי: "יוצא מצב שאגודות מפקחות נחשבות כ'הסדר כובל' ועומדות מול גופים עצומים וחזקים, ודווקא גופים אלה אינם מפקחים. זה האבסורד שיש היום".²⁷³

יש לציין כי יכול להתעורר ספק פרשני ביחס לתחולת תנאי הפעילות על מערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף העומדת במרכזו של מאמר זה.²⁷⁴ תנאי הפעילות המוטלים על ארגוני הניהול המשותף מגדירים "משתמשים" (כאמור, במאמר זה מוגדרים כ"דורשי רישיון") ככאלה המחויבים ברישיון שימוש. הגדרה זו תחת תנאי הפעילות השונים מבוססת בעיקר על הגדרת המונח "שימוש". כך, למשל, סעיף 1 לתנאי הפעילות של אקו"ם קובע כי "שימוש ביצירה" יחשב כ"פעולה אשר עשייתה מחייבת על פי כל דין את הסכמת בעל זכות היוצרים, או שהיא מקימה על פי דין חובת תשלום תגמול לבעל זכות היוצרים או לאקו"ם".²⁷⁵ ניתן לפרש הגדרה זו בכמה דרכים. מחד גיסא, קיימת פרשנות המובילה למסקנה שלפיה אין להחיל את תנאי הפעילות על מערכת היחסים החוזית בין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. תנאי הפעילות מפרטים את הפעולות השונות הנתונות לביצוע בלעדי של בעל זכויות היוצרים ואשר ביצוען בידי צד אחר מחייב קבלת רישיון שימוש מבעלי זכויות היוצרים (דהיינו, מאקו"ם כמנהלת זכויות יוצרים אלה).²⁷⁶ אלא שכאמור

271 ראו ס' 5 לתנאי הפעילות של אקו"ם.

272 ראו ס' 5.6.1 לתנאי הפעילות של אקו"ם.

273 מתוך שיחה שקיימנו עם גורמים באקו"ם.

274 ביחס לתנאי הפעילות המוטלים על ארגוני הניהול המשותף ראו לעיל ה"ש 68.

275 ס' 1 לתנאי הפעילות של אקו"ם. ראו גם הגדרת המונחים "משתמש" ו"שימוש ביצירה" בס' 1 לתנאי הפעילות של תל"י (כאמור, מדובר בחברה שאינה מתחום המוזיקה, אלא מתחום הקולנוע).

276 ראו ס' 1 לתנאי הפעילות של אקו"ם.

לעיל,²⁷⁷ הן כאשר מקור התוכן הוא במשתמשי הקצה והן כאשר מקור התוכן הוא בבעלי זכויות היוצרים עצמם, לא YouTube היא שמבצעת את הפעולות הנתונות לביצוע בלעדי של בעלי זכויות היוצרים.²⁷⁸ מכאן, שלכאורה YouTube אינה מוגדרת כ"משתמשת" (דורשת רישיון) כאמור בתנאי הפעילות של ארגוני הניהול המשותף, ולפיכך, בנסיבות אלה, תנאי הפעילות לכאורה אינם חלים על מערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. מאידך גיסא, ניתן לפרש את רצף המילים "פעולה אשר עשייתה מחייבת על פי כל דין את הסכמת בעל זכות היוצרים" באופן המחיל את תנאי הפעילות על מערכת היחסים החוזית בין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. כך, אפשר לטעון כי בכל הקשור לתוכן שמקורו במשתמשי הקצה, הגם ש־YouTube אינה מבצעת פעולה שעשייתה נתונה על פי דין באופן בלעדי לבעל זכות היוצרים (העתקה, העמדה לרשות הציבור, ביצוע פומבי), ולכן חופשייה (במונחים הופלדיינים) לאפשר פעולות כאמור בידי משתמשי הקצה, הרי שמטעם שנודע לה על העותק המפר חלה עליה חובה להסירו, אלא אם נתקבלה הסכמת בעל זכות היוצרים. כמו כן, ביחס לתוכן שמקורו בבעלי זכויות היוצרים עצמם, הרי שעצם הפעולה של שיתוף התוכן המוגן על ידי בעלי זכויות היוצרים ל־YouTube מבטא מתן הרשאה מצידם. לפיכך, על פי פרשנות זו, תנאי הפעילות אמורים לחול על מערכת היחסים החוזית בין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. נדמה כי פרשנות זו המחילה את תנאי הפעילות על מערכת היחסים החוזית בין ארגוני הניהול המשותף לבין YouTube מקובלת על ארגוני הניהול המשותף. בשיחות שקיימנו עם ארגוני ניהול משותף הם ציינו בפנינו כי הם רואים בתנאי הפעילות כמחייבים אותם גם ביחס למערכת היחסים החוזית מול YouTube ולכן הם פועלים על פי הקבוע בהם.

לפני סיום, ועל אף שמדובר במקרה שאינו עוסק בתעשיית המוזיקה, נרצה להביא דברים שסיכמו תקרית חוזית שהתרחשה בין תל"י לבין Google בשלהי שנת 2018 ואשר התמקדה בגובה התמלוגים המשתלמים מ־YouTube ליוצרי הקולנוע והטלוויזיה.²⁷⁹ לדידנו מדובר בדברים היכולים להמחיש באופן ראוי את פערי הכוחות שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף. נכון למועד התקרית כאמור, ישראל הייתה המדינה השנייה בעולם שבה הוענקו תמלוגים ליוצרים על צפיות ב־YouTube.²⁸⁰ את הליך המשא־ומתן תיארה אופירה לובניצקי, מנכ"ל תל"י, באלה המילים: "המשא ומתן נמשך שש שנים בצל יחסי הכוחות הברורים בין תל"י לגוגל... אנו שמחים שבסיומו של התהליך הגענו להישג שבמסגרתו היוצרים שלנו יקבלו כספים שמגיעים להם".²⁸¹

277 ראו גם לעיל פרק א.3(ב).

278 ראו ס' 11 לחוק זכות יוצרים, המפרט את רשימת הפעולות הנתונות לביצוע בלעדי של בעל זכויות היוצרים.

279 "ישראלים יוכלו לקבל תמלוגים על צפיות ביוטיוב" Mako – תרבות (27.2.2018) <https://bit.ly/2TXXAII>

280 ש.ם.

281 ש.ם.

אם כן, יישום תיקון 21 ביחס ל־YouTube בכווחו להביא לשתי מסקנות אפשריות. מסקנה ראשונה היא ש־YouTube, ככל הנראה, היא "מונופול התנהגותי" על פי סעיף 26(א)(2) לחוק התחרות הכלכלית. מסקנה שנייה, הנובעת מהמסקנה הראשונה, היא שמערכת היחסים החוזית שבין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף מאופיינת ב"מונופול דו־צדדי שאינו מאוזן" המוטה לטובת YouTube.

סיכום והמלצות

כאמור, בעוד שבאירופה ובארצות הברית מגמת ריסון כוחם של גופים דיגיטליים בכלל ופלטפורמות־תוכן בפרט תופסת תאוצה, נדמה שישראל מפגרת מעט מאחור. פיגור זה מתרחש חרף חקיקתו של תיקון 21 המעניק כאמור כלי משמעותי לפיקוח על כוחן בפועל של ענקיות דיגיטל. למעשה, נדמה שישראל עודנה שבויה בהגדרת המונח "מונופול" המבוסס על נתח השוק ומסרבת להינתק ממנו. כך, בעקבות דו"ח הקונגרס האמריקאי שפורסם בחודש יולי 2020,²⁸² הצהיר שר התקשורת יועז הנדל בריאיון לערוץ 12 כי הוא קיים "מספר פגישות עם המנכ"לים של גוגל ופייסבוק בתקופה האחרונה כדי לראות איך אנחנו משמרים את התחרות בשוק הישראלי"; כן המשיך ואמר כי "הגודל שלהן הוא לא הדבר המשמעותי, אלא כמה נתח מהשוק הישראלי הן לוקחות".²⁸³

לאחר מיפוי יסודי של מערכת היחסים החוזית בין YouTube לבין ארגוני הניהול המשותף ובכפוף למשאבים המוגבלים העומדים למחקר אקדמי, המאמר ביצע יישום ראשוני של הכלים שמציע תיקון 21 לחוק התחרות הכלכלית. בכך המאמר הצביע על היתכנות כי ל־YouTube קיים כוח שוק משמעותי ביחסיה החוזיים עם ארגוני הניהול המשותף, דבר המביא ליתרון חוזי של זו הראשונה.

מלבד מסקנה ישירה זו העולה מניתוח ספציפי־קוואיטטי זה של מערכת היחסים החוזית כאמור, מאמר זה מביא למסקנה נוספת, שאינה פחות חשובה. תיקון 21 הוא הכלי שראוי שישמש את רשות התחרות ביישור קו עם מגמות גלובליות של בדיקה ופיקוח על כוחן של חברות ענק דיגיטליות ופלטפורמות אינטרנטיות בהיבטים שונים כמו קניין רוחני, פרטיות וריסון כוחן – ויפה שעה אחת קודם.

282 ראו לעיל ה"ש 12.

283 בן מיטלמן "דו"ח חמור: גוגל ופייסבוק דורסות ומוחקות את יצרני התוכן" Nexter <https://bit.ly/3x3dHIW> (8.10.2020).