



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

בפני כב' השופט ד"ר דפנה אבניאלי

תובעים 1.אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ
2.מדיה מן גרופ בע"מ

נגד

נתבעים 1.וואלה תקשורת בע"מ
2.החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ
3.אקו"מ

החלטה

מוזיקה מהמילה היוונית "מוזה", היא אמנות סידור הצליל והשקט במרחב הזמן; דרך הבעה, המשתנה בהתאם לתקופה, לאופי ולתרבות בה היא מתקיימת. המוזיקה נועדה לרומם את רוחו של אדם, לרפא את מכאוביו, ליתן דרור ליצריו ולהעשיר את עולמו.

דיני זכויות יוצרים נועדו לבטא את ההכרה בערכה של היצירה המוזיקלית, לצד יצירות אחרות, לטובת החברה בכללותה, תוך שמירה על זכותם של היוצרים ועל קניינם. זכות היוצרים היא נכס בלתי מוחשי. קשה ליוצרים בתחום המוזיקה לעקוב אחר השימושים שנעשים ביצירות ולגבות את התמלוגים או הפיצויים המגיעים להם בגין שימושים אלה, ולכן הם מפקידים את ניהול עניינם בידי אגודות שקמו במיוחד לשם כך. בישראל זו אקו"ם – אגודת המלחינים והקומפוזיטורים – שתפקידה לשמור ולנהל את זכויות היוצרים החברים בה. במדינות אחרות אלה תאגידי ענק, שקמו למטרה דומה.

הטכנולוגיה הדיגיטלית יצרה שוק חדש ליוצרים ולמשתמשים במוזיקה. היא מאפשרת גישה חופשית ליצירות, שיתוף ושימושים מסחריים במוזיקה, שלא היו מוכרים קודם לכן, ואין להם עדיין ביטוי מוחשי בדיני זכויות היוצרים.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 הזכות להתיר שימוש ביצירות מוזיקליות למטרת פרסומת באינטרנט, היא העומדת במרכז של
2 הליך זה.

3
4 האם שמורה בידי יוצר או מלחין האפשרות לסרב לשימוש ביצירתו למטרות פרסומת, גם אם
5 הקנה את זכות השימוש בה לגורם אחר?

6 היש בשימוש ביצירה למטרת פרסומת משום פגיעה בזכות הקנין של היוצר ביצירתו, או בזכות
7 המוסרית שלו?

8 האם יש להיצמד לנוסחאות הישנות או להסכין לשינויים מהירים, המחייבים חשיבה נועזת
9 ומהפכנית?

10
11 המחלוקת חורגת מגדר התביעה ומאפיינת את הניסיון להדביק באמצעות פסיקת בתי המשפט,
12 את צעדי הענק של הטכנולוגיה האלקטרונית, המוליכה את עולם היצירה למחוזות חדשים ולא
13 נודעים.

14
15 בטרם אפנה לדיון בשאלות הטעונות הכרעה אצין, כי התובעות בחרו להגיש תביעתן כנגד שתי
16 נתבעות בלבד – וואלה תקשורת בע"מ והחברה המרכזית לייצור משקאות קלים.

17 עם התקדמות ההליך, חלה תפנית בעמדתן של התובעות ובסיכומים הן כבר מפנות את עיקר
18 טענותיהן כלפי אקו"ם, שצורפה כצד ג' ולא נתבעה על ידן כלל.

19 הנתבעות וצד ג' חרגו אף הן בסיכומים מהמפורט בכתבי הטענות ובתצהירים מטעמן, והפליגו
20 למחוזות אחרים שלא בא זכרם קודם לכן.

21 בנסיבות אלה, אדרש בהחלטתי למכלול הטענות שהעלו הצדדים בסיכומיהם, מבלי להתייחס
22 לתפנית שחלה בטיעוני הצדדים.

הצדדים להליך

23
24
25 התובעת 1 (EMI) היא חברה מאנגליה העוסקת בהוצאה לאור של מוזיקה, כולל להיטי פופ
26 רבים, ואף מייצגת מלחינים וכותבים ידועים ומוכרים, ביניהם דייוויד בואי, ג'אנט ג'קסון, סטינג
27 ועוד רבים אחרים.

28 התובעת 2 (אי.אמ.איי) היא חברה מישראל, העוסקת בהוצאה לאור של מוזיקה וקשורה
29 בהסכמים פנימיים עם EMI, המסמיכים אותה לנהל בישראל את השימוש בזכויות בכל השירים
30 שבשליטת EMI.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי. מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 התובעת 3 (MMG) היא מוציאה לאור ישראלית של יצירות מוזיקליות, וקשורה בהסכמים גם
2 עם מוציאים לאור בינלאומיים, אותם היא מייצגת בישראל.

3 התובעת 4 (תרצה אריאל) היא אלמנתו של היוצר מאיר אריאל ז"ל והורשת היחידה של
4 עזבנו, לרבות זכויות היוצרים ביצירותיו.

5 התובעת 5 (Doors Music) היא מוציאה לאור של יצירות מוזיקליות, שהוקמה ע"י חברי
6 להקת ה- Doors. היא העניקה למו"ל Wixen Music רישיון לניצול זכויותיה ברחבי העולם,
7 והוא זה שהתקשר בהסכם רישיון עם MMG בישראל.

8 התובעת 6 (ARC) היא מוציאה לאור של יצירות מוזיקליות בארה"ב, שהתקשרה בהסכם עם
9 חברת Trisan Music מאנגליה, אשר העניקה ל- MMG רישיון לנצל את הזכויות בישראל.

10 התובעת 7 (Budde), היא מוציאה לאור של יצירות מוזיקליות מגרמניה, שהעניקה ל- MMG
11 רישיון לניצול הזכויות שלה בישראל.

12
13 הנתבעת 1 (וואלה) היא הבעלים והמפעילה של פורטל האינטרנט וואלה, ומשנת 2002
14 הפעילה בו אתר מוזיקה תחת השם "My Music".

15
16 הנתבעת 2 (החב' המרכזית) מייצרת משקאות קלים, ביניהם גם קוקה קולה, ומפרסמת אותם
17 באמצעי פרסום שונים.

18
19 צד ג' (אקו"ם) הוא תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, שהוקם עוד בשנת 1936 כדי לנהל
20 את זכויות הביצוע הפומבי, השידור וההעמדה לרשות הציבור ביצירות של חבריו. אקו"ם היא
21 בעלת הזכות להעניק רישיונות לביצוע פומבי של יצירות ישראליות, מכוח כתבי העברת זכויות,
22 עליהם חתומים היוצרים והמו"לים, ושל יצירות זרות, מכוח הסכמי ייצוג הדדיים שכרתה עם
23 אגודות אחיות במדינות רבות.

העובדות בקצרה

24
25 וואלה קיבלה רישיון מאקו"ם לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות בפורטל האינטרנט שלה.
26 בשנת 2003 התקשרה וואלה בהסכם עם החב' המרכזית, להפעלת אתר המוזיקה My
27 Music, תחת הלוגו (סמליל) והצבעים של המותג "קוקה קולה". באתר שודרו יצירות מוזיקליות
28 מז'אנרים שונים, בעברית ובאנגלית.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 התובעות ואקו"ם טוענות, כי לא ידעו על השימוש שנעשה ביצירות המוזיקליות באתר של קוקה
2 קולה, ואיש לא פנה לקבל את הסכמתן לכך.

3 עם היוודע הדבר, פנתה אקו"ם לוואלה, בטענה כי הפרה את ההסכם עמה, ודרשה פיצוי כספי,
4 בגין השימוש הבלתי מורשה ביצירות המוזיקליות לקידום המותג קוקה קולה.

5
6 ביום 31.8.05 נחתם בין אקו"ם לבין וואלה הסכם פשרה (ת/5), שבמסגרתו שילמה וואלה
7 לאקו"ם פיצויים בסך 40,000 דולר, והצדדים ויתרו על טענותיהם ההדדיות, זה כלפי זה.
8 התובעות לא היו צד להסכם הפשרה ולא ידעו שאקו"ם הסכימה להסתפק בפיצוי כה נמוך.

9
10 בכתב התביעה המתוקן מתבקש בית המשפט להצהיר, כי וואלה הפרה את התחייבויותיה
11 החוזיות כלפי אקו"ם וגרמה בכך לפגיעה חמורה בתובעות; כי וואלה וקוקה קולה פעלו תוך
12 הפרת חוק זכות יוצרים 1911, וכתוצאה מכך נפגעו זכויותיהן הקנייניות של התובעות. בנוסף,
13 עותרות התובעות לחיובן של הנתבעות בפיצויי ביניים בסך של 2.5 מיליון ₪, ולמתן חשבונית.

הפלוגתא

14
15
16 בהליכים המקדמיים, שנוהלו בפני כב' הרשם אורנשטיין (כתוארו אז), נוסחה הפלוגתא הטעונה
17 הכרעה כך:

18
19 **"האם לאקו"ם היו זכויות ב- 18 היצירות נשוא התובענה, שהקנו לה גם את הזכות**
20 **להתיר את השימוש בהן לוואלה, כפי שנעשה בפועל וללא צורך באישור התובעות,**
21 **ולרבות הזכות להגיע להסדר פשרה בדיעבד עם וואלה" (להלן: "הפלוגתא").**

22
23 בהסכמת הצדדים נקבע, כי יוגשו ראיות בפלוגתא האמורה ובכפוף להכרעה בה תידון יתרת
24 התביעה. כזכור, אקו"ם אינה נתבעת בכתב התביעה. צירופה כצד ג' נעשה בעקבות הערת
25 רשם בית המשפט, כי מדובר בצד נדרש, ושאלת מעמדה וזכויותיה היא הטעונה הכרעה, על פי
26 הפלוגתא המוסכמת.

27
28 מטעם התובעות העידו נציגי שלושה מו"לים זרים, שהגיעו במיוחד מחו"ל, וכן מנכ"ל MMG רן
29 גפן וגב' תרצה אריאל. מטעם הנתבעים לא הוזמנו עדים. נשמעה רק עדותו של מנכ"ל אקו"ם,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

מר ראובן רצון (להלן: "רצון") והוגשו בהסכמה העתקי עמודים מאתר המוזיקה של וואלה (נספח א' לתצהירו של יהורם דילמאני).

מעמד התובעות וזכויותיהן

18 היצירות שלגביהן נדרשת הכרעה, כוללות 8 שירים של מאיר אריאל (הולך בטל, טרמינל, ערב כחול עמוק ועוד), השיר Riders on the Storm של להקת ה- Doors, השירים Big in Japan, Forever young ועוד שירים באנגלית.

זכויות היוצרים בשירים הוקנו לתובעות, מכוח הסכמים שנכרתו בין לבין היוצרים במהלך שנים, למעט הזכויות בשיריו של מאיר אריאל ז"ל, השייכות על פי הנטען לתרצה אריאל.

הדין הרלבנטי לענייננו הוא חוק זכות יוצרים, 1911 (להלן: "החוק הישן"), מאחר שההפרות הנטענות אירעו לפני כניסתו לתוקף של חוק זכות יוצרים, התשס"ח – 2007 ביום 25.5.08, (להלן: "החוק החדש").

היצירות המוזיקליות הן נושא לזכויות יוצרים, בהתאם לאמור בסעיף 1 לחוק הישן "... יצירה מקורית, ספרותית, דרמטית, מוזיקלית ואמנותית". יצירות מוזיקליות זרות מוגנות מכוח סעיף 5 של אמנת ברן, שמדינת ישראל צד לה, ולפיה בכל מדינה החברה באמנה תינתן הגנה ליצירה שנתפרסמה לראשונה במדינה חברה אחרת. מידת ההגנה שתינתן בכל מדינה, ליצירות שמקורן במדינת אמנה אחרת, תהיה שווה למידת ההגנה הניתנת ליצירות שמקורן במדינה שבה מתבקשת ההגנה (ט' גרינמן, **זכויות יוצרים**, מהד' שניה, 2008, כרך א, עמ' 33, להלן: "גרינמן").

זכות יוצרים כהגדרתה בחוק הישן, היא בעיקרה זכות מניעתית, "למנוע מאדם אחר לקחת לעצמו את פרי עמלו של היוצר" (ע"א 23/81 הרשקו נ' אורבך, פ"ד מב(3) 749, 756). הגדרה זו אינה קיימת עוד בחוק החדש, הדין בסעיף 11 בהיבט החיובי של הזכות הבלעדית "לעשות ביצירה או חלק מהותי ממנה, פעולה... בהתאם לסוג היצירה".

שאלת זכויותיהן של התובעות ביצירות המוזיקליות נושא התביעה, לא הועמדה להכרעה במסגרת הפלוגתא, ונראה כי הצדדים יצאו מנקודת הנחה, כי התובעות מחזיקות בזכויות ב- 18 היצירות הנדונות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

לסיכומי ב"כ התובעות צורפה כנספח ז' רשימה של 18 היצירות, בחלוקה לפי התובעות. בחלק מהתצהירים שהוגשו מטעם התובעות, ישנה התייחסות גם לאופן העברתן של הזכויות (למשל, בתצהירו של מר Foster Key). במהלך חקירתם הנגדית של עדי התובעות, לא נשאלו הללו אודות שרשור הזכויות ואופן העברתן מהיוצרים המקוריים לתובעות. חרף עובדה זו, טוען ב"כ וואלה בסיכומיו, כי לגבי חלקן הארי של הזכויות, לא הוכחה כלל שרשרת הזכויות המלאה, ממחבר היצירה ועד לתובעות, ולכן התובעות נעדרות מעמד להגיש תביעה להפרת זכות היוצרים ביצירות אלה.

ב"כ אקו"ם החרה החזיק אחריו וטען, כי התובעות צירפו כראיות העתקים קטועים וחסרים של מסמכים, אשר נועדו ללמד על זכותן ביצירות הללו, באופן שאינו מאפשר לביהמ"ש להתרשם באופן מלא ולייחס להם משקל, ולכן לא ניתן לומר, כי הוכחה זכותן של התובעות ביצירות המוזיקליות.

מדובר בטענות שמקומן לא יכירן, לאור האופן בו נוסחה הפלוגתא בקדם המשפט. אם אכן עלה ספק בליבן של וואלה או אקו"ם לגבי מעמדם של התובעות בתביעה, ראוי היה כי הדבר יקבל ביטוי במסגרת הפלוגתא. משלא נעשה כן ונקבע, כי נדרשת רק הכרעה בשאלה, האם לאקו"ם היו זכויות ב- 18 היצירות, אין עוד מקום לנבור בשרשרת הזכויות של התובעות. לפיכך, אתמקד בפלוגתא, כפי שנוסחה בהסכמת הצדדים עצמם.

דרך הילוכה של החלטה זו תהא כדלקמן:
תחילה אסקור את ההסכמים שנכרתו בין הצדדים ולאחר מכן אתייחס לתיאור האתר של קוקה קולה; להבדל בן פרסומת, חסות וסינכרוניזציה, ולשאלה האם נדרשת הסכמת היוצר לשימוש למטרות פרסומת. בסופו של דבר ניתן גם מענה לשאלות שנוסחו בפלוגתא המוסכמת.

אקו"ם היא בעלת הזכויות ביצירות

EMI ו- MMG הפקידו בידי אקו"ם את ניהול זכויות היוצרים שבשליטתן, בשטח מדינת ישראל, באמצעות כתבי העברה כלליים (נספח ב' לתביעה).

מאיר אריאל ז"ל חתם אף הוא על כתב העברה (נ/3), המעביר לאקו"ם את "זכויות היוצרים המפורטות מטה..." לרבות "את זכות הביצוע של כל יצירותי הכוללת את הזכות לבצע



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

בציבור בארץ ובכל חלקי תבל, בכל האמצעים ובכל צורה שהיא... ובכלל זה שידורי רדיו ושידורי טלוויזיה".

אקו"ם טוענת, כי מאיר אריאל חתם על כתב ההעברה (נ/3), עשר שנים לפני שנחתם חוזה המולו"ת בינו לבין MMG. לכן, העברת הזכויות לבעלותה של אקו"ם קדמה להעברת הזכויות לבעלותה של MMG. התוצאה היא, שמאיר אריאל ז"ל לא יכול היה להעביר לבעלותה של MMG את הזכויות, שהעביר קודם לכן לבעלותה של אקו"ם, וכך גם לא ניתן לקבל את טענתה של תרצה אריאל, כי הזכויות ביצירות חזרו אליה.

עוד מלינה אקו"ם, כי לתצהירה של תרצה אריאל צורף נוסח מקוטע וחלקי של החוזה בין MMG לבין מאיר אריאל ז"ל, מיום 1.2.99, ונמחק ממנו סעיף 6, שבו נאמר כי הצדדים מודעים היטב לכך שהעברת הזכויות "כפופה לכל הזכויות שהועברו ובמידה שהועברו על ידי הצדדים לאקו"ם או לכל איגוד אחר באמצעות אקו"ם...".

בסיכומי התשובה של התובעות אין התייחסות לטענה, כי נוסח ההסכם המקוטע שהוגש, נועד להסוות את העובדה שמאיר אריאל כבר העביר קודם לכן את זכויותיו לאקו"ם. יש להצטער על כך שב"כ התובעות נמנע מלהבהיר נקודה זו והותיר אותה עמומה. אולם, אני סבורה כי הנושא אינו טעון בשלב זה הכרעה, שכן בין אם מאיר אריאל העביר לאקו"ם את זכויותיו, ובין אם אלה הועברו על ידי MMG, הרי אין חולק, כי לאקו"ם הועברו זכויות היוצרים ביצירותיו של מאיר אריאל והשאלה היא רק מה היקף הזכויות שהועברו אליה.

רן גפן נציג MMG ותרצה אריאל העידו, כי לא היתה כל כוונה להתיר שימוש ביצירותיו של מאיר אריאל למטרות פרסומת. לדבריהם, השימוש שנעשה ביצירות הללו באתר של קוקה קולה מהווה הפרה, הן של זכות היוצרים (בהיבט הקנייני) והן של הזכות המוסרית ביצירותיו של מאיר אריאל, ואקו"ם לא היתה מורשית להתיר את השימוש ביצירות אלה למטרות פרסומת.

אקו"ם טוענת מנגד, כי זכויות היוצרים הועברו אליה במלואן, לרבות הזכות לביצוע פומבי, ולכן היתה רשאית להעניק רישיונות לאתרים המספקים שירותים מוזיקליים, לרבות אתרים הממומנים על ידי פרסומות וחסויות, גם כאשר השימוש ביצירות נעשה בהקשר פרסומי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

אין חולק, כי בהסכמים שנחתמו עם אקו"ם, לא הוכנס סייג מפורש לגבי השימוש ביצירות המוזיקליות למטרות פרסומת. משמעות עובדה זו תובהר בהמשך הדברים.

1. הסכם הרישיון אקו"ם - וואלה

הטכנולוגיה הדיגיטלית מאפשרת דרכי הפצה חדשות, תקשורת עם יוצרים אחרים ואף פיתוח דפוסי יצירה חדשים ומהירים. היא מאפשרת שימוש בתכנים על ידי כל גולש באינטרנט באופן מיידי, זול ונגיש.

אקו"ם היא בעלת הזכות להעניק רישיונות לביצוע פומבי של יצירות ישראליות, לרבות באינטרנט, מכוח כתבי העברת זכויות עליהם חתומים היוצרים והמו"לים החברים בה. אקו"ם היא גם בעלת זכויות להעניק רישיונות לביצוע בפומבי של יצירות זרות, מכוח הסכמי ייצוג הדדיים, שכרתה עם אגודות אחיות במדינות רבות בעולם. הרישיון שניתן חל על שימוש בזכויות הביצוע בפומבי, לרבות העתקת היצירות למאגר של בעל האתר לשם ביצוע בפומבי. העתקת היצירות למאגר בעל האתר היא אגבית לזכות הביצוע בפומבי (סעיפים 2-3 לתצהיר רצון). אולם, אקו"ם אינה מחזיקה בידיה עולם ומלואו. היא "איננה מחזיקה בהכרח במלוא הזכויות ביצירותיו של החבר והוא רשאי להותיר בידו זכויות מסוימות" (סעיף 15.1.3 לתצהיר רצון).

בתאריך 1.5.03 העניקה אקו"ם לוואלה "רישיון שמיכה", לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות באתר האינטרנט שלה (ת/2).

רישיון שמיכה - blanket license, או רישיון גורף, מתיר לבעל הרישיון להשתמש במשך תקופת הרישיון, בכל היצירות הרשומות ברפרטואר של התאגיד, תמורת תמלוגים, כקבוע ברישיון (גרינמן, כרך ב', 922). לאחרונה נדרש בית הגדין להגבלים עסקיים ליתרונותיהם של הרישיונות הגורפים וציין, כי הם "מיעילים את גביית התמלוגים ואת האכיפה בגין הפרה, שכן ניתן להעריך כי בעל זכויות בודד היה המתקשה לדאוג לאכיפת זכויותיו, בשים לב לקלות הרבה בה ניתן להפר אותן" (ה"ב 513-04 אקו"ם בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים (פורסם בנבו, 2.6.01, פסקא 7). רישיון שמיכה אין פירושו נטילת הזכויות מאת היוצר עצמו, אך עמדת הממונה, שהתקבלה על ידי בית המשפט היתה, כי אין להיענות לדרישה, לפיה יוכל כל בעל זכות ביצירה להחריג את זכותו בה, או להחריג חלקי שימוש נלווים,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

כדי למנוע מצב שהמשתמש יאלץ לחזר על פתחיהם של כל יתר בעל הזכויות ביצירה, ולהעמיד אותו בפני סיכון של תביעות, על אף שרכש רישיון כנדרש (שם, פסקה 24).

הדברים אמורים באופן כללי אך אינם ישימים בענייננו, מאחר שאקו"ם דאגה להגביל מראש את זכות השימוש ברישיון שהעניקה לוואלה.

סעיף 4 להסכם ת/2 עוסק בתנאי הרישיון וקובע, כי ניתנת לוואלה רשות לבצע את הפעולות כדלקמן:

"א. לשדר בפורמט streaming באמצעות נגן וואלה, לרבות במסגרת תחנת הרדיו ו/או לבצע בפומבי יצירות מרפרטואר אקו"ם.

ב. לשדר באמצעו נגן וואלה, לרבות במסגרת תחנת הרדיו ו/או לבצע בפומבי בפורטל וואלה יצירות מרפרטואר אקו"ם בדרך של Music on Demand".

השידור בפורמט ההזרמה – streaming, מאפשר העברת קובץ מוזיקלי למחשב של המקבל והאזנה לו, מבלי יכולת לשמור אותו כקובץ קבוע (לעומת שיטת ההורדה - download, המאפשרת שמירה והאזנה חוזרת במחשבו של המקבל).

השידור בדרך של הזרמה לפי דרישה - music on demand, מאפשר העברת יצירות לפי הזמנת המאזין או בחירתו האישית (גרינמן, כרך א', 287).

התובעות אינן מלינות כנגד ההסכם, או כנגד זכותה של אקו"ם להעניק לוואלה את הרישיון לביצוע פומבי של היצירות.

טענתן היא, כי אקו"ם וגם וואלה התעלמו ממגבלות הרישיון, כפי שאלה באו לידי ביטוי בסעיף 6(ו) ובסעיף 6(ט) להסכם ת/2, בכל הנוגע לשימוש ביצירות לצרכי פרסומת.

בסעיף 6(ו) נאמר:

"מקבל הרישיון אינו רשאי להשתמש בכל יצירה לצורכי בחירות, קידום מכירות, שיווק, פרסום ו/או פרסומת למוצרים או שירותים מסחריים ו/או לצורך שידור תוכניות חסות ו/או לכל שימוש מסחרי אחר, ולא יציג כל יצירה בקשר עם מוצר אי שירות כלשהו, אלא אם ובמידה שקיבל על כך רישיון נפרד



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

בכתב מאקו"ם ומיוצר היצירה. להסרת ספק, האמור לעיל יחול גם על שימוש ביצירות לצרכי פרסום תחנת הרדיו ו/או פורטל וואלה" [ההדגשה שלי – ד.א.].

בסעיף 6(ט) נאמר:

"מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 6(ו) (1) לעיל, מקבל הרישיון לא ייקשר ו/או ישייך ו/או יציג כל יצירה בקשר עם כל תוכן אחר ובפרט פרסומות ומידע מסחרי כלשהו, אלא במידה שיקבל על כך רישיון נפרד בכתב מאקו"ם ומיוצר היצירה..." [ההדגשה שלי – ד.א.].

2. הסכם וואלה קוקה קולה

חלפו חודשיים בלבד, מיום שנחתם הסכם הרישיון ת/2, וביום 1.7.03 נחתם הסכם בין וואלה לבין קוקה קולה.

ההסכם נועד להסדיר את הקמתו של אתר בשם "My Music - אתר המוזיקה של קוקה קולה", בפורטל של וואלה (להלן: "הסכם קוקה קולה"). התובעות טוענות, כי האתר My Music הפך למעשה למסע פרסום רחב ממדים של קוקה קולה, על ידי יצירת קשר בין הסמליל של קוקה קולה והשם My Music, לבין האמנים והשירים.

עוד טוענות התובעות, כי וואלה העניקה זכויות בפורטל שלה לקוקה קולה, על מנת שזו תוכל להשתמש ברפרטואר של אקו"ם, מבלי לדרוש את רשותם של בעלי זכויות היוצרים, ותוך הפרה ברורה וגלויה של ההתחייבויות החוזיות שוואלה נטלה על עצמה.

וואלה, קוקה קולה ואף אקו"ם, הכחישו בתוקף את הטענה, כי מדובר בפרסומת לקוקה קולה וטענו, כי מדובר בחסות קבועה, שאינה מצריכה הסכמה מראש.

3. אתר המוזיקה של קוקה קולה

אתר המוזיקה של קוקה קולה הורד בשנת 2008 וכיום לא ניתן לצפות בו. התובעות, לא שמרו בידיהן אסמכתא חזותית של האתר והסתפקו בטענה, כי השימוש שנעשה בו כלל פעולות אסורות ומנוגדות לסעיפים 16 ו-6ט לרישיון.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1
2 מטעם וואלה הוגשו מספר דפי אינטרנט, המדגימים את אופן השימוש באתר. לטענתה,
3 הגולשים באתר היו יכולים לבחור ז'אנר של מוזיקה (רוק, טופ פופ, טראנס ועוד). משעה
4 שהגולש בחר ז'אנר מסוים, היו מתנגנים שירים ברצף מאותו ז'אנר, אך לא ניתן היה לבחור
5 שיר ספציפי. בשום מקרה לא נלקחה יצירה מסוימת וחברה כפרסומת למותג "קוקה קולה",
6 אלא מדובר היה במעין "רדיו אינטרנטי", שניגן יצירות מרפרטואר אקו"ם, בשיטת streaming
7 ואיפשר לגולשים לבחור ז'אנר של מוזיקה מסוימת.

8
9 יש להצטער על כך שהתובעות לא טרחו לתעד כיצד נראה האתר של קוקה קולה וכיצד שודרה
10 בו המוזיקה. בהתחשב בעובדה שהאתר הורד רק בשנת 2008, אין ספק שניתן היה להצטייד
11 בתיעוד הנדרש.

12
13 על פי התיעוד החלקי שהוצג לעיוני, ניתן רק לציין כי האתר כונה "אתר המוזיקה של קוקה
14 קולה" והיה מעוטר בצבע אדום המזוהה עם קוקה קולה ובעיצוב הגרפי של קוקה קולה.

15
16 עיון בהעתקי העמודים מהאתר של קוקה קולה (נספח א' לתצהירו של יהורם דילמאני) מלמד,
17 כי לגולש ניתנה יכולת הפעלה אינטראקטיבית של האתר.
18 כך למשל, הגולש יכול היה לבחור להאזין לאלבום המחוה לג'ימי הנדריקס, או לגרין דיי, או
19 לקמבק של דוראן דוראן (בראש העמוד). אם חפצה נפשו, יכול היה הגולש להאזין לז'אנר של
20 מוזיקה החביב עליו, מתוך 18 ז'אנרים מוצעים (רוק ישראל, שירי ארץ ישראל, רוק, שנות ה-8
21 ועוד), באמצעות הקלקה פשוטה על המילה "נגן" (באמצע העמוד). הגולש המוזיקלי יכול היה
22 גם להאזין לספיישל של הפרודיג', לספיישל זהבה בן או לתחנות נוספות – בהקלקה על
23 הכפתור המתאים, לפי בחירתו (בצד שמאל למטה). הגולש הוזמן גם להצטרף לקמפיין "שותים
24 קוקה קולה אוספים דציבלים ומרוויחים בענק" (בראש העמוד מצד שמאל).

25
26 גם אם נכונה הטענה, שאין מדובר באפשרות לבחור שיר מסוים בשיטת music on demand,
27 לבטח לא פעל האתר בשטח ה-streaming הטהורה, בה גולש אין שום אפשרות בחירה
28 ועליו להאזין למוזיקה המשודרת על פי תכתיב של גורם אחר. היכולת להפעיל את אתר
29 המוזיקה בצורה אינטראקטיבית, תחת חסותה של קוקה קולה ובאתר המכונה "My Music –



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

אתר המוזיקה של קוקה קולה", נועדו להגביר את המודעות של כל גולש וגולש למותג ולקמפיינים שלו.

4. פרסומת, חסות, סינכרוניזציה

וואלה, החב' המרכזית ואקו"ם שילבו ידיים בניסיון להוכיח, כי לא בפרסומת עסקין אלא בחסות. לטענתן, לא נוצר קשר (סינכרוניזציה) בין המותג קוקה קולה לבין המוזיקה ששודרה באתר ולכן לא היתה כל פגיעה ביוצרים או ביצירתם.

הימים היו ימי תחילתו של השימוש המאסיבי באינטרנט. החב' המרכזית החליטה לפרסם את מוצריה באתר My Music של וואלה. האתר זכה להצלחה ולביקורים של מאות אלפי גולשים. ב"כ התובעות הפנה לדברים שאמר סמכ"ל השיווק של קוקה קולה בעיתון דה-מרקר ביום 11.7.05 (נספח ב' לסיכומים):

"גילינו שהאפקטיויות של הקמפיין האינטרנטי היתה כמו האפקטיויות של הקמפיין בטלוויזיה, ואולי אף יותר... תקציב הפרסום באינטרנט גדל במאה אחוז...חלק מהתקציב הזה מופנה גם להשקעה בתחום התוכן באינטרנט, באתרים כמו feel good של דיאט קוקה קולה, או my music של קוקה קולה, שגדלה משמעותית".

סמכ"ל השיווק משתמש בביטויים מפורשים "קמפיין אינטרנטי" ו"תקציב פרסום", בזיקה לאתר my music של קוקה קולה, אך ב"כ אקו"ם טוען, כי קיים הבדל מהותי בין פרסומות מסורתיות לבין שיתוף הפעולה שהיה בין וואלה וקוקה קולה. לדבריו, בפרסומת מסורתית היצירה מוקלטת לתוך פס הקול של הפרסומת. זהו מקרה פרטי של המושג "סינכרוניזציה", הכולל שילוב יצירות בפסי קול מסוגים שונים. כך אירע במקרה של הפרסומת למכונות מסוג ביואיק, שם נעשה שימוש בשיר Light My Fire של להקת ה-Doors, לשם קידום מכירת מכונות מתוצרת ביואיק (סעיף 8 לתצהירו של מר Osher נציג Wixen music). תכלית השימוש בשיר היתה ליצור בתודעת הציבור קשר הדוק בין הלחן והמילים של השיר, לבין המכונות המוצעות למכירה. לעומת זאת, במסגרת שיתוף הפעולה עם קוקה קולה, היצירות לא הוקלטו כלל בפס הקול ואין כריכה הדוקה בין היצירה המסוימת למסר הפרסומי.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

ב"כ וואלה מצטרף לטענותיה של אקו"ם וטוען, כי מדובר היה במעין "רדיו אינטרנטי", אשר ניגן יצירות מרפרטואר אקו"ם בשיטת ה-streaming, מבלי שלגולש היתה יכולת לשלוט או לקבוע את זהות השירים שינגנו, ולא נעשה שימוש ביצירה ספציפית בהקשר לקוקה קולה.

מר גפן הודה, שהקשר בין מותג קוקה קולה לבין המוזיקה נוצר ככלל, ולא עם היצירות הספציפיות נושא התביעה דווקא:

"היצירות עצמן אינן מזוהות עם קוקה קולה. אבל הסך הכל של כל היצירות האלה, כל התדמית של לבוא ולהזות את קוקה קולה כמותג, כמותג עם היקף כל כך נרחב של מוזיקה, זה הישג שהוא הישג כביר" (ע' 68).

ע/ת ד"ר Budde אישר, שהצורך בהסכמה נפרדת מרישיון השמיכה שניתן על ידי אקו"ם, קיים במקרים בהם קיימת פגיעה אפשרית בזכות המוסרית המסורה למחבר ונותרת בידיו (ע' 52), אך הוסיף ואמר, כי וואלה הפרה את סעיף 6 להסכם הרישיון ת/2, האוסר עליה להשתמש בכל יצירה לצורכי קידום מכירות, שיווק, פרסום ו/או פרסומת למוצרים:

**"That section that forbids the use of works from the
Akum repertoire to commercial uses..." (ע' 54).**

האם נוצרה זהות או "כריכה" בין המוזיקה ששודרה באתר לבין מוצרי קוקה קולה?

סבורני שכך אירע, גם אם נכונה הטענה, כי אקו"ם העניקה רישיון שמיכה לשימוש בכלל הרפרטואר שלה, ולגולשים באתר לא ניתנה זכות לבחור שיר מסוים, בשיטת music on demand.

אמנם אין זו פרסומת מסורתית, כפי שתוארה ע"י ב"כ אקו"ם, אך מדובר בפרסומת לכל דבר ועניין.

השימוש שנעשה על ידי וואלה ואקו"ם במונח 'חסות' נועד לרכך ולהסוות את האפקט הפרסומי שנוצר עם כניסת הגולש לאתר, שנצבע בצבעי נותן החסות ועוטר בלוגו הייחודי של קוקה קולה. מטרתה של חסות מעין זו היא להביא לתודעת הצרכן והמשתמש את קיומו של המותג,



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

כדוגמת החסות שמעניקים יצרנים לאירועי ספורט ולתחרויות בטלוויזיה - בתנאי שהזירה תעוטר בשלטים עם שמם והלוגו שלהם. בכולם מטרת נותן החסות היא אחת – לפרסם את המותג ו"לשתול" אותו בתודעת הגולש או הצופה, שעל פי רוב אינו מודע לאפקט העמוק שיש לפעולה זו עליו.

דוגמא בולטת ואופיינית להפרת זכויות יוצרים בפרסום מסחרי מצויה בפרשת צ'רלי צ'פלין ומפע הפיס (ת"פ (ת"א) 1376/91 The Roy Export Co. נ' מפעל הפיס (דינים מחוזי, לב(1) 471). בית המשפט דחה את טענת ההגנה, כי השימוש שנעשה בדמות, ללא רשות הבעלים, היה שימוש הוגן למטרות ביקורת וקבע, כי נועד לקדם את האינטרס המסחרי ואת קידום המכירות של מפעל הפיס. מפסק הדין עולה, כי השימוש בקניין רוחני, ללא רשות, בפרסום מסחרי, לא יכולה לזכות בדרך כלל בהגנות של שימוש הוגן, אלא כאשר תוכח מטרה ציבורית ראויה (י' קרינאל, דיני התקשורת המסחרית, התשס"ג, 378). בית המשפט העליון, אשר דחה את הערעור על פסק הדין קבע, כי במקרה של פרסומת מסחרית, אין צורך לבחון כלל האם הטיפול שעשה המפרסם היה הוגן או לא, וזאת משום שאין שום ערך חברתי בשימוש בזכויות יוצרים שנעשה למטרת רווח (ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Co פ"ד נד(1) 577).

בנסיבות הענין, הטענה כי מדובר בחסות ולא בפרסומת לא רק שהיא טענה תמוהה, אלא היא גם עומדת בסתירה גמורה לדברים שנכתבו על ידי ב"כ אקו"ם לוואלה, מיד לאחר גילויי המעשים האסורים (ת/3, ת/4). במכתבים נאמר, כי וואלה הסתירה את מגעיה עם קוקה קולה והפרה את תנאי סעיף 6 להסכם הרישיון, שאסר עליה להשתמש ביצירות לצרכי פרסומת, ללא קבלת אישור אקו"ם והיוצר.

ראוי במיוחד לציון מכתבו הנזעם של עו"ד רביה, מיום 3.11.04 לב"כ וואלה (ת/3). במכתב נאמר (בסעיף 4(ב)), כי ההסכם אסר על וואלה להשתמש בכל יצירה למטרת קידום מכירות, שיווק או פרסומת אך:

"בניגוד בוטה ומוחלט לכך מרשתך הפעילה את "תחנת הרדיו" הווירטואלי שלה ב"אתר המוזיקה של קוקה קולה", שעוצב בצבעי קוקה קולה (ממש אותם צבעים המשמשים את קוקה קולה באתר הבית הישראלי שלה), נשא



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

את סימני המסחר שלה, שולב במסעות הפרסום שלה והפך, הלכה למעשה
ובניגוד לכל אתר-משנה אחר בפורטל וואלה, להיות אתר של קוקה קולה".

ומסכם עו"ד רביה ב"כ אקו"ם ואומר במכתבו הנ"ל:

"הנה כי כן, אתר האינטרנט שמפעילה מרשתך הפך להיות אתר של חב'
קוקה קולה – הכל אגב הפרה יסודית של תנאי ההסכם... השימוש במוזיקה
לצורך קידום מותג מסחרי כרוך בתעריפים שונים לגמרי מאלה שנקבעו
בהסכם ובזכויות שחלקן אינן בידי מרשתי" [ממש כך!!!- ד.א.]

במכתבו מלין ב"כ אקו"ם, כי נעשה שימוש "בזכויות שחלקן אינן בידי מרשתי". הכוונה כמובן
לזכות השימוש ביצירות לצרכי פרסומת, ללא קבלת הסכמה מראש של היוצרים או המו"לים
הזרים. מה טעם מצא ב"כ אקו"ם לטעון אחרת בסיכומיו – לא ניתן להבין והסבר לא הוצע.

בעקבות הטענות הקשות שהעלתה אקו"ם כלפי וואלה, בנוגע להפרת תנאי הסכם הרישיון,
נדרשה וואלה לפצותה והצדדים הגיעו להסכם פשרה (ת/5). אקו"ם קיבלה פיצוי כספי בסך
40,000 דולר, ולדבריה אף חילקה את הפיצוי בין חבריה, לרבות התובעות.
עובדה זו מלמדת אף היא על חוסר העקביות בטענותיה של אקו"ם, אשר טענה כי הפרת
ההסכם היא עניין חוזי בינה לבין הנתבעות, שאין לתובעות זכות להתערב בו, אך באותה
נשימה הוסיפה וטענה, כי שילמה לתובעות את חלקן בסכום הפיצויים ששולם לה.

5. הפרת זכות יוצרים באינטרנט

ליוצר זכות קניינית ביצירתו, לרבות הזכות להעמידה לשימוש של אחר בתנאים שייראו לו, או
לשלול שימוש כזה. מי שמעתיק יצירה, מפרסם אותה, מבצעה בפומבי, משדר אותה, מעמידה
לרשות הציבור, עושה ממנה יצירה נגזרת או משכירה לצורכי מסחר, והכל – בלא הרשאה
מאת בעל זכות היוצרים - מפר את זכות היוצרים ביצירה. הוא הדין במי שמרשה לאחר לבצע
פעולה כאמור (גרינמן, כרך ב', 616).

הפרה מתקיימת אם נעשתה פעולה מפרה ללא הרשאה מאת בעל הזכות ביצירה. הרשאה
אינה חייבת להיות בכתב. היא יכולה להינתן בעל פה. בנסיבות מסוימות, אף ניתן ליחס לבעל



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 הזכות הסכמה משתמעת בשתיקה או בהתנהגות (ע"א 414/84 ברים נ' מגדלור מרכז
2 לתאורה מודרנית בע"מ, פ"ד לט(3) 109).

3
4 הסביבה הדיגיטלית מאפשרת להפיץ תכנים בהיקפים חסרי תקדים. הטכנולוגיה מאפשרת
5 למשתמשי הקצה ליצור עותקים קבועים לשימוש חוזר, להפצה, להעתקה ואפילו להפקת רווח
6 כלכלי. חרף הפסיקה האמריקנית בענין Napster, קיים עדיין קושי מעשי להסדיר את השימוש
7 ביצירות במסגרת תוכנות לשיתוף קבצים, ולכן בעלי הזכויות מנסים לנקוט פעולות, שתכליתן
8 לגדר יצירות מפני גישתו של ציבור המשתמשים, ועל ידי כך לקבוע את תנאי הגישה אליהן (מ'
9 בירנהק ג' פסח, יוצרים זכויות, תשס"ט, 247-248, להלן: "בירנהק").

10
11 בארה"ב נפסק, כי בעל אתר אינטרנט, שאינו משלב בתוכנה של האתר קוד מוכר, המשמש כדי
12 לאותת למפעיל מנוע החיפוש באינטרנט, כי הבעלים אינו מעוניין שמנוע החיפוש יסרוק את
13 האתר או יעתיק ממנו, נותן בכך רישיון משתמע למפעילים של מנועי החיפוש, להעתיק את
14 היצירות שכלולות באתר שלו, לשם שימוש מוגבל במנוע החיפוש (412 **Fields v. Google**)
15 (F. Supp. 2d 1106 (D. Nev.2006)).

16
17 מאידך, כאשר ההפרה נגרמת על ידי פעולה אוטומטית, כגון פעולת מחשב, שעליה אין למפעיל
18 המחשב כל שליטה, אין לראות בכך הפרה של זכות היוצרים מצידו (**Religious**
19 **Technology Center v. Netcom On-Linge Communication Sevices**, 907 F.
20 supp. 1361 (N.D. Cal. 1995)).

21
22 הורדת שירים על ידי אישה מאתר שיתוף קבצים של חברת מדיה, המחזיקה בזכויות יוצרים
23 של שירים רבים, נתפסה כפגיעה בזכויות יוצרים והובילה לחיובה של הנתבעת בפיצויים בסך
24 של \$22,500. ביהמ"ש דחה את טענתה של הנתבעת, כי כוונתה היתה לבדוק את השירים
25 תחילה ולרכוש אותם לאחר מכן (430 F.3d 888 (7th Cir. 2005) **BMG Music v. Cecilia Gonzalez**)
26

27
28 הצורך להילחם במי שמעתיק או מפיץ מוזיקה שלגביה יש זכויות יוצרים, ניצב לצד הצורך להגן
29 גם על זכויות המשתמשים במדיה הדיגיטלית. בהעדר הוראות בחקיקה הישנה, נדרשו בתי



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

המשפט לצורך לאזן בין זכויות היוצרים לזכויות המשתמשים, וכך גם עתה, לאחר חקיקת החוק החדש.

בחוק הישן אין התייחסות למדיה הדיגיטלית. גם בחוק חדש אין איסור בדבר עשיית פעולות, שיש בהן משם עקיפה של הגנות אלקטרוניות, מפני העתקה או שימוש בלתי מורשה ביצירה. השימוש ביצירות מוזיקליות למטרות פרסומת אינו נזכר כלל - לא בחוק הישן ולא בחוק החדש. החוק החדש אימץ את זכות "ההעמדה לרשות הציבור" והגדיר אותה בסעיף 15 כ"עשיית פעולה ביצירה כך שלאנשים מקרב הציבור תהיה גישה אליה ממקום ובמועד לפי בחירתם" (בירנהק ע' 249), אך לא התייחס לאופן המעשי בו יעשה שימוש ביצירה.

6. אקו"ם לא היתה רשאית להתיר שימוש למטרות פרסום

בכתבי ההעברה לא נכלל סייג או תנאי, המחייב את אקו"ם לקבל מראש את אישורו של היוצר/בעל הזכויות, לשימוש ביצירתו למטרות פרסומת.

כתב ההעברה עליו חתומה EMI (ת/8) קובע בסעיף 2 סדרה של סייגים. ביצוע פומבי בהקשרים של פרסומות לא סויג בכתב ההעברה.

בכתב ההעברה עליו חתומה MMG נאמר על דרך ההכללה, כי היא מעבירה לאקו"ם "באופן בלעדי את זכויות היוצרים המפורטות להלן, לגבי כל היצירות אשר בבעלותי ו/או ברשותי כדין...." (נספח א' לתצהיר רן גפן).

הסכם ההעברה עליו חתום מאיר אריאל ז"ל (נ/3), אף הוא אינו כולל איסור מפורש לשימוש ביצירות למטרות פרסומת או פרסום.

חרף עובדה זו, טוען ב"כ התובעות, כי זכויות מסוימות, במקרה זה הזכות להתיר שימוש ביצירות המוזיקליות לצורכי פרסומת, לא הועברה לאקו"ם, אלא נותרה בידי היוצרים או בידי המו"לים בחו"ל.

האם בפנינו לאקונה או הסדר שלילי?

האם השתיקה מלמדת על מתן היתר כולל לאקו"ם, להתקשר בהסכמים למטרות פרסום ללא הסכמת היוצר, או שמא השתיקה היא היא האיסור עצמו, אלא אם ניתנה הסכמה מפורשת ומראש מאת היוצר ובעל הזכות המוסרית?



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

כללי הפרשנות של הסכמים עברו תהפוכות בדין הישראלי. בהלכת אפרופים (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265), קבע המשנה לנשיא ברק (כתוארו אז), כי פרשנות חוזה הינה פרשנות תכליתית, במסגרתה כורך הפרשן את בחינתו הפנימית של החוזה, הנלמדת מתוך לשונו, יחד עם הנסיבות החיצוניות לכריתתו. לסברתו, שני המקורות (לשון ונסיבות) הינם קבילים ולא נדרשים כל תנאים מוקדמים למעבר ביניהם, בניסיון לאתר את אומד דעתם המשותף של הצדדים.

לא מכבר נפסק, כי מקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם (ע"א 5856/06 אמנון לוי נ' נורקייט בע"מ, פורסם בנבו, 28.1.08, רע"א 1452/10 מפעל הפיס בע"מ נ' אלחנן טלמור, פורסם בנבו, 11.10.10).

ביום 17/1/11 תוקן סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי) (תיקון מס' 2). בסעיף המתוקן נקבע כי:

"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו."

התיקון היה אמור לבטל את הלכת אפרופים, אבל היא עדיין נותרה בחיים. הקביעה כי כוונת הצדדים משתמעת מתוך החוזה היא בעצמה קביעה פרשנית, ומשאירה פתח למקרים שבהם תידרש התייחסות גם לנסיבות העניין. במקום בו לשון המסמך היא ברורה וחד משמעית, יש לפרש את המסמך על פי לשונו. ואילו במקום בו לשונו של החוזה אינה ברורה וחד משמעית, יש לפנות לנסיבות החיצוניות בניסיון ללמוד על אומד דעתם המשותף של הצדדים.

נציגי ארבעת המו"לים הזרים שהעידו בפני טענו, כי בהסכמים הנחתמים בין מו"לים לבין יוצרים, נהוג לכלול מגבלות לגבי שימוש ביצירות עבור פרסומת. מגבלות אלה נובעות הן מסיבה עקרונית – מבחינת הזכות המוסרית, הרצון של כל יוצר לקבוע האם להתיר או לאסור שימוש ביצירה שלו בקשר למוצר מסחרי; והן מבחינת אישור תנאי הרישיון שניתן בכל מקרה.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 רן גפן העיד, כי במרבית החוזים עליהם חתומה MMG מול יוצרים ומו"לים מהארץ ומחו"ל,
2 "קיים סעיף המגביל את MMG בכל הנוגע להענקת רישיון לשימוש ביצירות עבור
3 פרסומת. אולם, כאמור, גם אם לא מופיע תנאי מפורש בחוזה MMG לא תעניק רישיון
4 כאמור בלי לקבל מראש את אישור היוצר" (סעיף 6 לתצהיר). מר גפן הדגיש, כי החוזים
5 עליהם חתומה MMG מול מו"לים מחו"ל, מתנים את השימוש בישראל עבור פרסומות, בקבלת
6 אישור מראש מהמו"ל, מאחר שהמו"ל מחו"ל חייב אף הוא לקבל אישור מראש מהיוצרים עבור
7 פרסומת (סעיף 9 לתצהיר).
8

9 לדבריו, "היה ברור" לכל הנוגעים בדבר שנדרשת הסכמה מראש לשימוש ביצירות למטרות
10 פרסומת, ואקו"ם אף פנתה אליו מספר פעמים, בשנים בהן MMG היתה בעלת הזכויות
11 בשירים, על מנת לקבל את אישורה. MMG הקפידה לפנות לקבל את אישורו של מאיר אריאל
12 (בחיוו), ושל תרצה אריאל (לאחר מותו), עבור כל שימוש המיועד לפרסומת/חסות/קידום
13 מכירות "חרף העובדה שלא היתה דרישה מפורשת כזו בחוזים הנ"ל" (סעיפים 11-12
14 לתצהיר).
15

16 המילה "פרסומת", אמנם לא מופיעה בהסכמים, אך גפן העיד כי בהסכמים שנחתמו טרם
17 העידן הדיגיטלי, היה מקובל להתייחס לשימוש ביצירות עבור סרטים ופרסומות תחת הביטוי
18 "סינכרוניזציה", ובהתאם להסתמך, בכל הנוגע לפרסומות מכל סוג שהוא, על הסעיפים בחוזה
19 העוסקים בסינכרוניזציה, שלגביה נדרש אישור מראש (סעיף 19 לתצהיר).
20

21 אקו"ם חולקת על עמדתן של התובעות וטוענת, כי זכות הביצוע הפומבי הועברה אליה על ידי
22 כל התובעות, ללא סייג. לדבריה, גם הסכמי הייצוג, עליהם חתומה אקו"ם עם האגודות PRS,
23 GEMA, ו- ASCAP, אליהם התייחס ב"כ התובעות בסיכומיו (נ/6), אינם כוללים סייג לגבי
24 פרסומות, אלא רק לגבי הזכות המיכנית, הדרושה לשם הקלטת יצירות בפסי קול של פרסומות.
25 אוק"ם מציינת, כי לאורך שנים העניקה רישיונות לשימוש בזכות הביצוע בפומבי לצרכי פרסום,
26 מבלי שפנתה לקבל אישור מוקדם לכך (סעיף 15.1.3 לתצהיר מר רצון).
27

28 אני דוחה את הטענה, כי אקו"ם היתה חופשית לפעול בתחום הפרסום על פי שיקול דעתה,
29 ללא קבלת הסכמתם של היוצרים והמחברים.
30



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 להלן אנמק קביעתי.

2

3 חברה מסחרית כדוגמת החב' המרכזית, המעוניינת לקבל רישיון לשימוש ביצירה מוזיקלית
4 למטרת פרסומת, יכולה לפנות ישירות למו"ל כדוגמת MMG, על מנת שיפנה ליוצר בשמה
5 ויבקש את אישורו. לחילופין, ניתן לפנות לאקו"ם, שמתפקידה להעביר את הפניה למו"ל וזה
6 בתורו פונה ליוצר או למי מטעמו, לקבלת האישור.

7

8 לדברי מר Foster Key, מנכ"ל EMI, הגבלת השימוש במוזיקה למטרות פרסומת חלה גם על
9 תחנות רדיו, ועליהן לפנות לקבלת אישורו של היוצר לכך. בפועל הנושא מטופל באמצעות
10 המו"לים, אשר פונים ליוצרים או למי מטעמם ומבקשים את הסכמתם בשם תחנות הרדיו
11 (סעיפים 6-8 לתצהיר).

12

13 הפסיקה בישראל הכירה בזכותו הקניינית של היוצר ביצירתו וביכולתו להגביל את השימוש בה
14 על ידי אחרים, בתנאים שיראו לו, כאשר ההגבלה במקרה זה נדרשה על ידי אקו"ם דווקא:

15

16 **"ליוצר זכות קניין ביצירתו, וזכות זו, המעוגנת בסעיף 3 לחוק יסוד: כבוד**
17 **האדם וחירותו הינה, כידוע, זכות יסוד במשפטנו. מטיבה של הזכות,**
18 **בכפיפות למגבלות שבחוק ובהסכמים שבעל הזכות הינו צד להם, שהיא**
19 **מקנה לבעליה את הכושר לעשות בקניינו כראות עיניו, ובכלל זה להעמידו**
20 **לשימוש של אחר בתנאים שייראו לבעל הזכות, או לשלו שימוש כזה אם**
21 **נעשה הוא בניגוד לדעתו של בעל הזכות..."** (רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ'
22 **תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625).**

23

24 החוק הישן כלל את הזכות לביצוע פומבי לגבי יצירות ספרותיות, דרמטיות או מוזיקליות.
25 הזכות לביצוע פומבי פורשה בהרחבה על ידי בתי המשפט, ככוללת לא רק ביצוע חי של יצירה
26 לפני קהל, אשר נוכח במקום הביצוע, אלא גם שידור של היצירה והעברה של שידור היצירה
27 באמצעים מיכניים לקהל שאינו נוכח באותו מקום, ואף שידור משני של היצירה (דנ"א 6407/01
28 **ערוצי זהב נ' Tele-event Ltd., פ"ד נח(6) 6.**

29



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

בחוק החדש כבר נעשתה הבחנה בין הזכות לביצוע פומבי, הזכות לשידור וזכות ההעמדה לרשות הציבור (סעיפים 13-15 לחוק). סעיף 15 לחוק החדש מגדיר את זכות ההעמדה לרשות הציבור, כאשר הכוונה לעצם הנגשתה של היצירה המוגנת לציבור. הנגשות מתאפיינת באינטראקטיביות, כלומר, בידי הפרטים מקרב הציבור נתונה הבחירה מתי, היכן ובאיזו יצירה ברצונם לצפות או להאזין. די בעצם קיומה של זכות בחירה, בעצם קיומה של אינטראקטיביות מסוימת כדי לענות על ההגדרה (בירנהק, ע' 417).

יצוין, כי ההבחנה בין ביצוע פומבי, שידור וזכות העמדה אינה רלבנטית לענייננו, מאחר שהחוק הישן דן רק בזכות אחת, היא הזכות לביצוע פומבי, כחלק מאגד זכויות היוצרים.

אקו"ם מופקדת על שמירת זכויותיהם של המו"לים הזרים, אותן היא מכנה "אגודות אחיות" בסיכומיה. היא מופקדת גם על שמירת זכויותיהם של היוצרים, בין אם ההתקשרות עמם נעשתה ישירות, ובין אם ההתקשרות נעשתה באמצעות האגודות האחיות.

מנכ"ל אקו"ם מר רצון העיד (בסעיף 17.2.4 לתצהירו), כי **"קודם להענקת רישיון פרטני לשילוב יצירה בפרסומת, אקו"ם פונה ליוצרי היצירה או למייצגיהם על מנת לברר אם הם מסכימים לשימוש ביצירה בפרסומת ובאיזה תעריף"**. לדבריו, אקו"ם נהגה תמיד לפנות לקבלת אישור היוצרים או המו"לים, גם כאשר כתבי ההעברה שנחתמו עמה לא כללו כל מגבלה באשר לפרסומת.

השימוש במוזיקה למטרת פרסומת נאסר בסעיפים 6(ו) ו-6(ט) להסכם הרישיון ת/2, ולא בכדי. אקו"ם היתה מודעת היטב לעובדה שמתן היתר לשימוש בכל יצירה למטרות פרסום או פרסומת אינו נכלל בין זכויותיה. לכן טרחה להדגיש כי לא יעשה שימוש כזה **"אלא במידה שיקבל על כך רישיון נפרד בכתב מאקו"ם ומיוצר היצירה"**.

האיסור שהוטל על וואלה בהסכם ת/2, לא נוצר בחלל ריק ולא נועד לשם שמיים. אקו"ם ביקשה להותיר בידיה ובידי היוצרים את הזכות להחליט אם להתיר שימוש ברפרטואר שלה למטרות פרסומת ובאילו תנאים. בסיכומיה התחמקה אקו"ם מהצורך להבהיר את הטעם להכנסת הדרישה לאישור מוקדם, אך נראה כי הדבר נעשה משום שאקו"ם ידעה היטב, כי היא פועלת בשמם של היוצרים והמלחינים, ולא רק בשם עצמה. זו הסיבה האמיתית שבהסכם ת/2 נכתב באותיות קידוש לבנה, כי השימוש למטרות פרסומת יעשה רק במידה שיתקבל רישיון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

נפרד מאקו"ם ומיוצר היצירה. מדובר בתנאים מצטברים. לא די באישורה של אקו"ם, אלא נדרש גם אישורו של היוצר לשימוש ביצירתו לצרכי פרסומת.

מסתבר, כי איש לא חשב על האפשרות שוואלה תעניק לקוקה קולה, או למותג אחר, את זכות השימוש בכל הרפרטואר של אקו"ם, ללא קבלת הסכמתם של אקו"ם והסכמת היוצר. משהוברר כי כך אירע, קפץ על וואלה רוגזה המוצדק של אקו"ם, והיא דרשה פיצוי כספי על ההפרה הבוטה של ההסכם ת/2. אלא שלא רק את ריבה אקו"ם רבה, אלא גם את ריבם של היוצרים והמחברים – הם הנפגעים האמיתיים, שדעתם לא נשמעה והסכמתם לא התבקשה, לכריכה בין המוזיקה שיצרו לבין המותג קוקה קולה.

קוקה קולה עשתה שימוש במוזיקה לצרכי פרסומת ולא לשום צורך אחר. כבר ציינתי, כי ניסיון של וואלה ואקו"ם להתכחש לעובדה זו ולטעון, כי מדובר בחסות דווקא, הוא ניסיון נלוז. הלא נאמר מפורשות במבוא להסכם הפרשה (ת/5), שם צוטט ב"הואיל" השני, סעיף 6 להסכם הרישיון, כי הוא אוסר על פרסומת ללא קבלת אישור אקו"ם והיוצר. ב"הואיל" השלישי נאמר, כי "לטענת אקו"ם וואלה הפרה את ההוראות דלעיל בהפרה יסודית, כאשר, בין היתר, העניקה זכויות באתר לחב' המרכזית....ו/או השתמשה ביצירות מרפרטואר אקו"ם לצורך קידום, פרסום ושיווק קוקה קולה.....". כיצד איפוא ניתן לומר שאין מדובר בפרסומת? לא לבית המשפט הפתרון.

אכן, חוק זכות יוצרים הישן משנת 1911 והחוק החדש משנת 2007, אינו מכיר בזכות נפרדת לשימוש ביצירה לצרכי פרסום. כתבי ההעברה שהוצגו בפני אף הם אינם עוסקים בזכות זו. האם פירוש הדבר הוא שאקו"ם חופשית להעניק זכות שימוש ביצירות מוסיקליות לצרכי פרסום ללא קבלת הסכמתו של היוצר?

ב"כ וואלה טוען בסיכומיו, כי מאחר שבכתבי ההעברה שנחתמו בין התובעות לבין אקו"ם, לא הוחרגו הזכויות לשימוש ביצירות לצרכי פרסום, אקו"ם היתה מוסמכת ומורשית לנהל מו"מ עמה, ללא צורך בקבלת אישור היוצרים או המו"לים עצמם. למעשה, גם כיום אקו"ם נותנת רישיונות שמיכה לחברות סלולר ובאתרים שלהן ניתן לשמוע על פי בחירה יצירה ספציפית, כאשר הרישיון ניתן על ידי אקו"ם בלבד, כפי שאישר מר רצון בעדותו.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

כפי שצוין לעיל, הגעתי לכלל מסקנה, כי למרות שהאיסור על שימוש למטרות פרסומת אינו מופיע בהסכמים, כוונת הצדדים - כפי שהיא נלמדת מהמסמכים והעדויות - היתה שלא לאפשר זאת. חיזוק למסקנה זו ניתן למצוא בלשונו של ההסכם בין אקו"ם לוואלה (ת/2), הכולל איסור מפורש על שימוש במוזיקה למטרות פרסומת; בעובדה שאקו"ם טענה כי וואלה הפרה את ההסכם עמה; בחילופי המכתבים בין הצדדים (ת/3, ת/4); ובעובדה שוואלה הסכימה לשלם לאקו"ם פיצויים וחתמה על הסכם פשרה (ת/5). כל אלה הם בגדר נסיבות חיצוניות, שניתן להסתמך עליהן והן מחזקות את המסקנה, כי לאקו"ם אמנם היו זכויות ב-18 היצירות, אך הן לא כללו את הזכות להתיר את השימוש בהן לוואלה למטרות פרסומת, ללא צורך באישור התובעות.

7. אקו"ם לא היתה רשאית להתפשר ללא הסכמת התובעות

וואלה טוענת, כי התובעות לא התריעו בפניה שאקו"ם אינה מוסמכת להגיע עמה להסכם פשרה, ולא מחו, למרות שידעו כי מתנהל בין הצדדים מו"מ. לטענתה, התובעות ידעו כי מתנהל מו"מ לפשרה וב"כ התובעות אף כתב במכתבו (נ/2) "... הפגישה שנקבעה להיום תתקיים בפורום מצומצם בין אקו"ם לוואלה בתקווה שימצא פתרון".

התובעות קיבלו את חלקן בסכום הפשרה ונהנו מפירותיה, אך ב"כ וואלה סבור, כי הן לא היו מרוצות מהסכום ונזכרו להעלות בדיעבד טענות, כי אקו"ם אינה בעלת הזכויות ביצירות ואינה מורשית לנהל מו"מ בעניין.

ב"כ אקו"ם טען בסיכומיו, כי סדר היום האמיתי של התובעות מתחוויר מטיעוניהם בענין שימוש ביצירות בתבנית on demand, המחייב את הסכמתן, כיוון ששימוש זה מהווה תחליף לרכישה של עותק מהיצירות. לדבריו, הסיבה האמיתית לדרישתן, אינה נובעת מהמחלוקת לענין השימוש ביצירות לצרכי פרסום, אלא טמונה בפגיעה נטענת בעסק מכירת המוזיקה של התובעות, שהן מו"לים למוזיקה.

ב"כ התובעות מפנה בסיכומיו למכתבים ששיגר ולדוא"ל מאת רן גפן לאקו"ם (ת/7 – ת/14), בהם נאמר לאקו"ם כי אינה רשאית להתפשר בשם EMI ו-MMG ללא אישורן מראש. והנה מסתבר, כי אקו"ם חתמה על הסכם הפשרה לתשלום סכום "מגוחך ומעליב" של 40,000 דולר, ללא ידיעתן או הסכמתן של התובעות.



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

ניסיונה של וואלה לטעון, כי תיאבון המוגבר של התובעות, הוא ולא אחר, גרם להגשת התביעה – לא יצלח. גם אם בסופו של יום יקבע, כי סכום הפיצוי הוא סביר ואין לחייב את הנתבעות בתשלום נוסף, עדיין אני סבורה, כי אקו"ם לא היתה רשאית להגיע להסדר פשרה ללא שיתופן והסכמתן של התובעות. ממה נפשך, אם לשימוש ביצירה לצרכי פרסום נדרש גם אישורו של היוצר, קל וחומר שהאישור נדרש לפשרה על הפרת זכותו ועל השימוש הבלתי-מורשה ביצירתו.

בהקשר זה ראוי להפנות לדבריה של תרצה אריאל, שהעידה כי היו מקרים שמאיר אריאל הסכים כי שירים שלו ישמשו לפרסומת, כמו השיר "לא יכול להוריד ממך את העיניים" בפרסומת לסלקום. לאחר פטירתו, היא עצמה נתנה הסכמתה לשימוש בשיר לפרסומת של תנובה. בכל המקרים פנו המפרסמים לקבלת הסכמה ונוהל מו"מ, הן לגבי עצם השימוש בשיר לפרסומת והן לגבי המחיר (ע' 124-123).

זעקתה של תרצה אריאל ראוי לה שתובא בלשונה:

"...אני תובעת את כל המדיה שמנצלת ומקלפת את היוצרים והאמנים שמשתדלים להתפרנס מזה ומכיוון שהדוחו"ת שאני מקבלת מאקו"ם הם כל כך כואבים וכל כך נוראיים, בעיקר שחברים שלי שכותבים באירופה ובאמריקה מקבלים פי 15 על אותו דבר, אחר כך יש לי המון שותפים לכל שקל ו-וואלה וקוקה קולה מה שאני כן יודעת מגלגלים מיליונים, אולי מיליארדים אז למה שלא ישלמו עבור מי שנותן להם פרנסה? הרי אם לא היינו כותבים מוזיקה ומילים איך הייתם מוכרים את המוצרים?" (ע' 136).

אני דוחה בשתי ידיים את טענתה המיתממת של אקו"ם, כי הפרת ההסכם היתה במישור החוזי בינה לבין וואלה, ואינה מעניין של התובעות. אם נכון הדבר, מדוע טרח מר רצון להדגיש בעדותו, כי אקו"ם שילמה לכל התובעות את חלקן בפיצוי, יחד עם התשלומים השנתיים? ודוק: אקו"ם יצאה מגדרה כדי להוכיח שלא קיפחה את התובעות ואף הפנתה לדוחו"ת כספיים, בהם מופיעה בכתב יד המילה "פיצוי", כדי להוכיח שחילקה את כספי הפיצויים בין חבריה. עיון



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ ואח'

1 בדוחו"ת מעלה, כי מדובר בסכומים זעומים - 65 ₪ לשיר לכל היותר. ספק אם הדבר מהווה
2 פיצוי הולם לשימוש בלתי מורשה ב- 18 יצירות לצרכי פרסומת למותג- על כדוגמת קוקה קולה.
3
4 אקו"ם מילאה פיה מים ולא פירטה את השיקולים שהניעה להסכים לפיצוי בסך של 40,000
5 דולר בלבד, או את האופן בו חושב הפיצוי. לו היתה מתבקשת הסכמתן של התובעות לפשרה
6 המוצעת, הדעת נותנת כי גם אופן החישוב מוצג בפניהן, והתובעות היו יכולות לשקול ולהחליט,
7 אם מדובר בפיצוי ראוי, אם לאו.

8
9 לאור המסקנה אליה הגעתי, כי לאקו"ם לא היתה זכות להתיר את השימוש ביצירות
10 המוזיקליות לוואלה, ללא אישורן של התובעות, אני קובעת כי לא היתה לה גם סמכות
11 להתפשר ללא הסכמתן המפורשת של התובעות ולהסתפק בפיצוי בסך 40,000 דולר
12 מחייבת אותה בלבד.

סיכום

14
15 הגעתי לכלל מסקנה, כי נעשה שימוש בקניין הרוחני של התובעות, ללא רשותן, לצורך פרסום
16 מסחרי של המותג "קוקה קולה".
17 לאקו"ם לא היתה הזכות להתיר את השימוש ב- 18 היצירות המוזיקליות לצרכי פרסומת, כפי
18 שנעשה בפועל, ללא אישור התובעות, ולא היתה הזכות להגיע להסדר פשרה בדיעבד עם
19 וואלה.

20
21 בכך הוכרעה הפלוגתא אך לא תם ההליך כולו.
22 מומלץ כי הצדדים ינסו להסדיר את המחלוקת הכספית ביניהם מחוץ לכתלי בית המשפט, כדי
23 לחסוך בהוצאות.

24
25 בשלב זה אין צו להוצאות והן תקבענה בסופו של יום.

26
27
28
29 ניתן היום, י"ג סיון תשע"א, 15 יוני 2011, בהעדר הצדדים.
30



בית המשפט המחוזי בתל אביב - יפו

ת"א 2367-05 אי.אמ.איי.מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ ואח' נ' וואלה תקשורת בע"מ
ואח'

ד"ר דפנה אבניאלי, שופטת

1
2
3
4
5
6