



בבית המשפט העליון

רע"א 6565/11

רע"א 6588/11

רע"א 6604/11

כבוד השופטת א' חיות
כבוד השופט נ' הנדל
כבוד השופט צ' זילברטל

לפני :

המבקשת ברע"א 6565/11
והמשיבה הפורמאלית ברע"א
6588/11 וברע"א 6604/11 :
החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ

המבקשת ברע"א 6588/11
והמשיבה הפורמאלית ברע"א
6565/11 וברע"א 6604/11 :
וואלה תקשורת בע"מ

המבקשת ברע"א 6604/11
והמשיבה הפורמאלית ברע"א
6565/11 וברע"א 6588/11 :
אקו"מ בע"מ

נ ג ד

המשיבות ברע"א 6565/11,
ברע"א 6588/11 וברע"א
6604/11 :

1. EMI MUSIC PUBLISHING LTD
2. אי. אס. איי. מיוזיק פאבלישינג ישראל בע"מ
3. מדיה מן גרופ בע"מ
4. תרצה אריאל
5. DOORS MUSIC CORP
6. ARC MUSIC CORP
7. ROLF BUDDE MUSICVERLAG GMBH

בקשות רשות ערעור על החלטת בית המחוזי בתל אביב-יפו
מיום 15.6.2011 בת"א 2367/05 שניתנו על ידי כבוד
השופטת ד"ר ד' אבניאלי

ט' בתמוז התשע"ג (17.6.2013)

תאריך הישיבה :

בשם המבקשת ברע"א
6565/11 והמשיבה
הפורמאלית ברע"א 6588/11
וברע"א 6604/11 :
עו"ד יגאל קווה; עו"ד יואב נבון

בשם המבקשת ברע"א
6588/11 והמשיבה
הפורמאלית ברע"א 6565/11
וברע"א 6604/11 :

עו"ד יוסי אשכנזי ; עו"ד משה יעקב

בשם המבקשת ברע"א
6604/11 והמשיבה
הפורמאלית ברע"א 6565/11
וברע"א 6588/11 :

עו"ד חיים רביה ; עו"ד דן אור-חוף ; עו"ד נחום
גבריאלי

בשם המשיבות ברע"א
6565/11, ברע"א 6588/11
וברע"א 6604/11 :

עו"ד מישל קיינס

פסק-דין

השופטת א' חיות:

לפנינו שלוש בקשות רשות ערעור על החלטתו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (כבוד השופטת ד' אבניאלי) הקובעת כי זכויות היוצרים של מוזיקאים בשמונה עשרה יצירות שונות הופרו בכך שנעשה בהן שימוש בפרסומות של המותג "קוקה קולה".

1. וואלה תקשורת בע"מ (להלן: וואלה) היא בעלת אתר האינטרנט "וואלה" ובמסגרתו החלה להפעיל בשנת 2002 אתר מוזיקה המכונה "My Music" (להלן: האתר), בו שודרו יצירות מוזיקליות שונות בעברית ובאנגלית. ביום 1.5.2003 התקשרה וואלה בהסכם רישיון עם אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (להלן: אקו"ם), תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, לביצוע פומבי של יצירות מוזיקליות באתר (להלן: הסכם הרישיון). על-פי אותו הסכם ניתן לוואלה רישיון גורף (המכונה גם: רישיון שמייכה) המתיר לה לשדר באתר את היצירות השייכות לרפרטואר אקו"ם, תמורת תמלוגים המחושבים על-ידי נוסחה שפורטה בהסכם אך הצדדים הסכימו כי רישיון השימוש ביצירות לא יחול על שימוש למטרות פרסום.

חודשיים לאחר כריתת הסכם הרישיון, התקשרה וואלה ביום 1.7.2003 בהסכם עם החברה המרכזית לייצור משקאות קלים בע"מ (להלן: החברה המרכזית), יצרנית המשקה "קוקה קולה", לשיתוף פעולה בהפעלת האתר (להלן: הסכם שיתוף הפעולה). עם כריתת הסכם שיתוף הפעולה, נוספו לאתר הלוגו והצבעים של המותג "קוקה קולה"

והאתר הוכתר כ"אתר המוסיקה של קוקה קולה". בעקבות כך, פנתה אקו"ם לוואלה וטענה כי השימוש ביצירות המוזיקליות כחלק משיתוף הפעולה עם המותג "קוקה קולה" הוא בגדר "פרסומת" וכי בכך מפרה וואלה את ההסכם ביניהן. לאחר משא ומתן שקיימו ביניהן בעניין זה כרתו אקו"ם וואלה ביום 31.8.2005 הסכם פשרה לפיו שילמה וואלה לאקו"ם פיצויים בסך 40,000 דולרים תמורת ויתור הדדי על טענות בנושא (להלן: הסכם הפשרה).

2. המשיבות, 4 חברות בינלאומיות ו-2 חברות ישראליות המחזיקות בזכויות יוצרים של יצירות מוזיקליות שחוברו בארץ ובחו"ל וכן הגברת תרצה אריאל, אלמנתו של היוצר מאיר אריאל ז"ל, לא הסכינו עם הסכם הפשרה ועל כן הגישו תביעה לבית המשפט המחוזי נגד וואלה והחברה המרכזית בטענה כי וואלה הפרה את חובותיה החוזיות כלפי אקו"ם, וכי וואלה והחברה המרכזית פעלו בניגוד לחוק זכויות יוצרים, 1911 (להלן: חוק זכויות יוצרים הישן) ופגעו בזכויותיהן הקנייניות של המשיבות בשמונה עשרה יצירות מוזיקליות (להלן: היצירות). הסעד שהתבקש בתביעה הוא פיצוי ביניים בסך של 3.5 מיליון ש"ח וכן צו למתן חשבונות שיורה לוואלה ולחברה המרכזית למסור פרטים נוספים בדבר היצירות שהושמעו באתר.

3. בהליכים מקדמיים שנוהלו בפני בית המשפט המחוזי (כבוד הרשם, כתוארו אז, א' אורנשטיין) הסכימו הצדדים כי הדיון בתביעה יפוצל באופן שתחילה תוכרע הפלוגתא אותה ניסחו הצדדים כך:

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

עוד הסכימו הצדדים כי ככל שיתברר שלאקו"ם הייתה זכות להגיע להסכם הפשרה תידחה התביעה, אך אם יקבע אחרת תתברר התביעה לגופה. בהמלצת הרשם שסבר כי אקו"ם היא צד נדרש להכרעה בפלוגתא כפי שנוסחה, הגישו וואלה והחברה המרכזית הודעת צד ג' נגד אקו"ם.

בהחלטתו המתייחסת לפלוגתא שהועמדה לדיון כאמור, קבע בית המשפט המחוזי כי על-פי האופן שבו נוסחה הפלוגתא שאלת זכויותיהן של המשיבות בשמונה עשרה היצירות הנדונות לא הייתה שנויה במחלוקת בין הצדדים. על כן, דחה בית

המשפט את טענותיהן של וואלה ואקו"ם בסיכומיהן כי המשיבות כלל לא הוכיחו את מעמדן. עוד ציין בית המשפט המחוזי כי מאחר שההפרות הנטענות אירעו לפני כניסתו לתוקף של חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכויות יוצרים החדש), הרי שהדין החל על התובענה הוא חוק זכות יוצרים הישן. בנוסף העיר בית המשפט המחוזי כי האתר "ירד" מרשת האינטרנט בשנת 2008, ולכן לא יכול היה בית המשפט לצפות בו ועמדו לרשותו רק מספר תדפיסים המתארים את חזות האתר. בית המשפט ציין כי יש להצטער על כך שהמשיבות לא טרחו לתעד באופן מפורט יותר את מראה האתר, אך מן התדפיסים מצא כי הגולש באתר יכול היה לבחור מתוך 18 סוגות (ז'אנרים) רצף של שירים בסוגה שהוא מבקש להאזין לה (כגון: רוק ישראל, שירי ארץ ישראל, שנות ה-80, ועוד), או לבחור אוספי שירים של אמנים מסוימים (כגון: ג'ימי הנדריקס, זהבה בן, ועוד). בית המשפט המחוזי הוסיף וציין כי לא עמדה בפני הגולשים באתר האפשרות לבחור שיר מסוים והוא תיאר את האתר על פי מאפייניו כמעין "רדיו אינטרנטי", שעוטר באופן ויזואלי בצבעי וסמלי המותג "קוקה קולה".

4. בנתחו את חשיפת המותג "קוקה קולה" באתר קבע בית המשפט המחוזי כי הוא אינו מקבל את עמדת המבקשות לפיה מדובר ב"חסות" שאיננה "פרסומת" בצינו כי השימוש ה"מסורתי" ביצירה מוזיקלית למטרת פרסום הוא אכן בדרך של שילוב היצירה בפס-הקול של הפרסומת ("סינכרוניזציה") ואילו המותג "קוקה קולה" נקשר עם המוזיקה באתר בכללותה ולא עם יצירה ספציפית. אולם, לשיטת בית המשפט המחוזי המותג "קוקה קולה" נשתל בתודעתו של כל גולש שנכנס לאתר במטרה ליצור אפקט עמוק ובלתי מודע של פרסומת למותג, ומשכך מדובר ב"פרסומת". כמו כן קבע בית המשפט כי יש לתמוה על עמדת אקו"ם לפיה מדובר ב"חסות" שאינה "פרסומת" בעוד שהיא זו אשר פנתה במכתב נזעם לוואלה בטענה כי שימוש באתר לפרסום המותג "קוקה קולה" מפר את תנאי הרישיון ובאותו מכתב אף ציינה כי מדובר בזכויות שחלקן אינן בידי אקו"ם. בית המשפט המחוזי הוסיף וציין בהחלטתו כי לא ברור מדוע חזרה בה אקו"ם בהליך זה מן הטענות המפורשות שהפנתה כלפי וואלה באותו מכתב שבעקבותיו, כזכור, אף נחתם ביניהן ביום 31.8.2005 הסכם פשרה.

5. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי אף שבהסכמים בין המשיבות לאקו"ם בעניין העברת זכויות היוצרים ביצירותיהם לאקו"ם (להלן: כתבי ההעברה) לא נכלל סייג הנוגע לשימוש ביצירות לצרכי פרסום, לא הייתה אקו"ם רשאית להתיר את השימוש ביצירות למטרות פרסום ללא קבלת אישור מהמשיבות. בית המשפט התייחס בהקשר זה לעדותם של נציגי המשיבות אשר הבהירו כי בחוזים שכורתים עם היוצרים, נהוג לכלול מגבלה הנוגעת לשימוש ביצירות עבור פרסומת, וזאת מתוך כבוד לזכותו

המוסרית של היוצר ביצירתו, המאפשרת לו לקבוע האם הוא מעוניין ליצור קשר בין יצירתו למוצר מסחרי. כן התייחס בית המשפט לעדותו של מר גפן, מנכ"ל המשיבה 3, שטען כי הנוהג המקובל הוא שגם אם לא קיימת מגבלה חוזית כאמור המשיבה 3 לא תעניק רישיון שימוש לצרכי פרסומת ללא קבלת אישור היוצר, וכי בהסכמים עליהם חתומה המשיבה 3 מול מו"לים בחוץ לארץ היא נדרשת לקבל את אישורם מראש בטרם יעשה שימוש ביצירות לצרכי פרסומת. בית המשפט קמא הוסיף וקבע כי אקו"ם נהגה בעבר לפנות ליוצרים ולבעלי הזכויות לקבלת אישור לפני שימוש ביצירות למטרות פרסומת, אף שלא הייתה התחייבות מפורשת כזו בחוזים שכרתו עימה. לא בכדי, כך קבע בית המשפט המחוזי, כללה אקו"ם בהסכם הרישיון תניה לפיה שימוש ביצירה למטרות פרסום יתאפשר רק לאחר קבלת רישיון מאקו"ם ומהיוצר, ולגישתו הסיבה לכך היא שאקו"ם ידעה היטב כי היא אינה רשאית להתיר שימוש למטרות פרסום על דעת עצמה. מסקנה זו עולה, לפי קביעתו של בית המשפט, גם מחילופי המכתבים בין הצדדים ומהעובדה שוואלה חתמה על הסכם הפשרה והסכימה לשלם לאקו"ם פיצויים. בשל כל הטעמים האלה קבע בית המשפט המחוזי כי היוצרים לא הסכימו להעניק לאקו"ם בכתבי ההעברה את הזכות להתיר שימוש ביצירותיהם לצרכי פרסומת.

משמצא בית המשפט המחוזי כי אקו"ם לא הייתה רשאית להתיר את השימוש ביצירות לצרכי פרסומת, הוא הוסיף וקבע כי היא לא הייתה רשאית להתפשר עם וואלה ללא שיתוף המשיבות וללא הסכמתן, הגם שהמשיבות כך הוסיף וקבע היו מודעות לקיומו של המשא ומתן בין אקו"ם לוואלה לקראת הסכם פשרה. עוד קבע בית המשפט המחוזי כי סכום הפיצוי חולק בין היוצרים שזכויותיהם הופרו, אך מדובר בסכום של כ-65 ש"ח לכל שיר וספק אם זהו פיצוי הולם לשימוש בלתי מורשה ביצירות לצרכי פרסומת של מותג "קוקה קולה". לבסוף ראה בית המשפט להוסיף בשולי החלטתו גם המלצה לצדדים ליישב את המחלוקת הכספית ביניהם מחוץ לכתלי בית המשפט, על מנת לחסוך בהוצאות.

6. על החלטה זו הוגשו שלוש בקשות רשות הערעור שלפנינו על ידי החברה המרכזית, וואלה ואקו"ם.

החברה המרכזית טוענת בבקשתה כי שגה בית המשפט בסוברו כי אין עליו להכריע בשאלה המקדמית הנוגעת לעצם זכויות המשיבות ביצירות, שכן בכתבי ההגנה ובסיכומי המבקשות נטען כי המשיבות כלל אינן מחזיקות בזכויות ביצירות, ולשיטתה מדובר על כן בהרחבה מוסכמת של הפלוגתא. לחלופין טוענת החברה המרכזית כי אף אם לא היה צורך להכריע בכך במסגרת הדיון בפלוגתא, יש לדחות את קביעת בית

המשפט המחוזי כי שלוש המבקשות הכירו למעשה בזכויות המשיבות ביצירות, ויש לדון בשאלה זו בהמשך ההליך. עוד טוענת החברה המרכזית כי בית המשפט המחוזי הכיר בזכות יוצרים חדשה שאין לה זכר בחוק – "זכות הביצוע הפומבי בפרסומת", וזאת מפני שהזכות המוכרת בחוק, זכות הביצוע הפומבי, הועברה לאקו"ם במלואה על ידי היוצרים בכתבי ההעברה. לטענת החברה המרכזית, יש להבדיל בין זכות הביצוע הפומבי הניתנת להעברה אשר אף הועברה בפועל במקרה דנן, ובין הזכות המוסרית של היוצר אשר אינה ניתנת להעברה ומחייבת את קבלת הסכמתו לפני פגימה ביצירה. מששודרו היצירות במלואן ובלא שיצירה ספציפית זוהתה עם המותג "קוקה קולה" הרי שלא נפגעה הזכות המוסרית של מי מהיוצרים ומכאן שלא נדרשה הסכמתם. ככלל, כך טוענת החברה המרכזית, בהיעדר כריכה בין היצירה והמותג לא מדובר ב"פרסומת" כי אם ב"חסות", ורק "פרסומת" מותרת זכויות בידי היוצר לסרב להשמעה לפי הדין ולפי הנוהג בשוק. החברה המרכזית מוסיפה וטוענת כי כך גם צריך להבין את עדויות נציגי המשיבות. עוד טוענת החברה המרכזית כי העובדה שאקו"ם החריגה שימוש לצרכי פרסומת מן הרישיון שהעניקה לוואלה אינה מלמדת על כך שזכויות אלה לא היו בידה, אלא שעבור השימוש בהן היא מעוניינת לדרוש תשלום גבוה יותר. לראיה טוענת החברה המרכזית כי רישיונות מסחריים שכאלה ניתנו על-ידי אקו"ם לחברות אחרות והמשיבות כלל לא הלינו על כך. לכן סבורה החברה המרכזית כי לא מדובר בהפרת זכויות יוצרים, כי אם בהפרת הסכם הרישיון על-ידי וואלה, ולגבי הפרה זו הגיעו וואלה ואקו"ם להסכם פשרה. החברה המרכזית מציינת עוד כי אם אכן הייתה נפגעת הזכות המוסרית במקרה דנן היו אלה היוצרים שצריכים לתבוע אותה, ולא המשיבות שהן ברובן חברות אשר בעצמן רכשו זכויות מיוצרים.

החברה המרכזית מוסיפה וטוענת כי התנהגות המשיבות מלמדת על כך שגם לשיטתן הזכויות הרלוונטיות הועברו לאקו"ם, שכן הן היו מודעות להליכי הפשרה אך לא התריעו בפני וואלה או בפני החברה המרכזית ולו פעם אחת, כי הן כופרות בסמכותה של אקו"ם לנהל מגעים אלה. נהפוך הוא, בא-כוח המשיבות שלח לבא-כוחה של החברה המרכזית מכתב במהלך ניהול המגעים לפשרה ובו ציין כי הפגישה בנושא הפשרה "תתקיים בפורום מצומצם בין אקו"ם לוואלה, בתקווה שפתרון ימצא", ומכאן שהן סמכו את ידיהן על הפתרון שיושג במסגרת הליכי הפשרה. לבסוף, טוענת החברה המרכזית כי החלטת בית המשפט המחוזי יש לה השלכות רוחב משמעותיות שכן נובע ממנה כי לא ניתן לקבל רישיון מאקו"ם להשמעת מוזיקה בחסות מסחרית, ללא קבלת אישור פרטני מכל יוצר ויוצר. לטענת החברה המרכזית החלטה זו נוגעת לגופים רבים: תחנות רדיו, טלוויזיה ואתרי אינטרנט, וכן לחנויות בגדים, מסעדות, אולמי שמחות, וכדומה אשר כרתו עם אקו"ם חוזה לקבלת "רישיון שמיכה" ומעתה והלאה הן יידרשו

לקבל את אישורו של כל יוצר ויוצר. לטענת החברה המרכזית, אין זה ריאלי לצפות לכך שהגופים המסחריים יעשו כן ומשמעות הדבר היא - ויתור על ביצוע פומבי של מוזיקה מגוונת של יוצרים שונים אשר יפגע מאוד ביוצרים עצמם.

7. טענות וואלה בבקשתה דומות בעיקרן לטענות החברה המרכזית והיא מצטרפת לטענה כי זכויות המשיבות הועברו לאקו"ם, כי באתר לא בוצעה "פרסומת" ל"קוקה קולה" וכי הצורך לקבל את אישור היוצר מתעורר רק כאשר קיימת כריכה בין יצירה ספציפית למוצר ספציפי. בנוסף טוענת וואלה כי העובדה שאקו"ם חילקה את כספי הפיצוי שניתנו בהסכם הפשרה למשיבות וליתר בעלי הזכויות מוכיחה כי היא פועלת בהרשאתם ועבורם והיא מוסיפה ומדגישה כי אופן הפעולה של אקו"ם קיבל את אישורו של בית הדין להגבלים העסקיים. לחלופין טוענת וואלה כי אקו"ם שימשה כשלוחתן של המשיבות, לפי הוראות חוק השליחות, התשכ"ה-1965 ולכן הן אינן רשאיות לטעון כנגד הסכם פשרה שכרתה במעמד זה. שליחותה של אקו"ם, כך טוענת וואלה, נוצרה הן בכתב – מכוח כתבי העברת הזכויות שכרתו המשיבות עם אקו"ם - והן בדרך של התנהגות משום שהמשיבות היו מודעות לכך שאקו"ם מנהלת משא ומתן לכריתת הסכם פשרה עם וואלה ולא התריעו בפני וואלה או בפני החברה המרכזית כי היא נעדרת סמכות לעשות זאת. על כן, לטענת וואלה, מכוח דיני השליחות או למצער מכוח דוקטרינת "השליחות הנחזית" מוחזקות פעולותיה של אקו"ם כפעולות שנעשו בהרשאת המשיבות, אף אם תקבל טענת המשיבות כי לא ניתנה הרשאה כזו בפועל.

8. אקו"ם מצטרפת אף היא בבקשתה למרבית הטענות שהעלו החברה המרכזית ווואלה והיא מוסיפה וטוענת כי בית המשפט המחוזי שגה בהתעלמו מכך שזכות הביצוע הפומבי ביצירות הזרות הועברה לה ללא כל סייג על-ידי אגודות דומות ברחבי העולם (אגודות אחיות). נוסף על כך טוענת אקו"ם כי היא אכן סבורה שוואלה הפרה את תנאי הסכם הרישיון, מפני שזה אסר על כל שימוש מסחרי שבעבורו גובה אקו"ם מחיר גבוה יותר, אך מכאן לא נובע כי וואלה השתמשה ביצירות כ"פרסומת" באופן שפגע בזכויות שאקו"ם אינה רשאית להעניק רישיון לשימוש בהן. אקו"ם מבקשת להבחין בין שלוש קטגוריות – רישיון שימוש ביצירות שאינו בעל זיקה מסחרית כלשהי שאותו העניקה לוואלה, רישיון לשימוש ביצירות בהקשר מסחרי שאותו יכולה הייתה להעניק לוואלה אך הייתה דורשת עבורו סכום כסף גבוה יותר, ורישיון לשילוב היצירה בתוך פרסומת הדורש את הסכמת היוצר.

9. המשיבות טוענות מצידן כי ההבחנה שיוצרות המבקשות בין "פרסומת" ובין "חסות" היא מלאכותית ושגויה, והן מפנות לראיון עיתונאי עם סמנכ"ל השיווק של

החברה המרכזית בו התייחס לאתר כפרסומת וכן למכתב הנזכר לעיל בשלחה אקו"ם לוואלה ובו מחתה על השימוש באתר לצרכי פרסומת. משמדובר בפרסומת ומשהוכח כי הן לא העבירו לאקו"ם את הזכות להשתמש ביצירותיהן לצרכי פרסומת, לא הייתה אקו"ם רשאית להתפשר בשמן על הפרתה של זכות זו. המשיבות שבות ומפנות אל הראיות שהציגו בעניין זה, ובכללן - עדויות המצהירים מטעמן לפיהן הנוהג המקובל בשוק הוא ששימוש למטרות פרסומת דורש את אישור היוצר וכן ראיות על כך שאגודות בעלות תפקיד דומה לאקו"ם ברחבי העולם אינן מעניקות רישיון לפרסומת ללא קבלת אישור היוצר ועדותו של מנכ"ל אקו"ם שאישר כי אקו"ם נהגה לקבל את אישור היוצרים או המו"לים לאורך השנים לפני שילוב יצירות בפרסומות. בהקשר זה מדגישות המשיבות כי לא בכדי הגבילה אקו"ם בהסכם הרישיון את יכולתה של וואלה להשתמש ביצירות לצרכי פרסומת, וציינה כי הדבר דורש את אישור היוצרים. המשיבות מוסיפות ומפנות אל התביעה שכנגד שהגישה אקו"ם נגד החברה המרכזית ווואלה לאחר שקיבלה את ההודעה לצד ג', בה היא טוענת כי הן הפרו את הסכם הרישיון בכך ששילבו את היצירות במסע הפרסום של המותג "קוקה קולה". כמו כן, מצטטות המשיבות את החלטת הדירקטוריון של אקו"ם ממרץ-אפריל 2005, בה נקבע כי אקו"ם תעניק רישיון "שמייכה" לאתר אינטרנט המקדם מותג מסחרי בכפוף למתן אפשרות ליוצרים לסרב למתן הרישיון. לבסוף, מתנגדות המשיבות להעלאת הטענה כי הן לא הוכיחו את בעלותן בזכויות ליצירות וטוענות כי צדק בית המשפט קמא בקובעו כי סוגיה זו חורגת מן הפלוגתא שהוגדרה בהסכמת הצדדים. בהקשר זה מציינות המשיבות כי אקו"ם רואה בהן כבעלות הזכויות ומעבירה להן דרך קבע את התמלוגים על היצירות.

דיון והכרעה

10. הדיון בבית המשפט המחוזי התמקד בפלוגתא מוסכמת שניסחו הצדדים – האם הועברה לאקו"ם הזכות להתיר את השימוש אשר נעשה ביצירות על-ידי החברה המרכזית ווואלה ולהגיע בדיעבד עם וואלה להסכם הפשרה. פלוגתא זו על פי נוסחה ממקדת את הדיון בהתנהלותה של אקו"ם ובשאלה האם על פי המערכת ההסכמית הקיימת בינה ובין המשיבות, הייתה אקו"ם רשאית להקנות לוואלה רישיון לשימוש שנעשה ביצירות, הגם שבפועל לא הקנתה לה רישיון כזה. לצורך ההכרעה בשאלה זו, יצא בית המשפט קמא ובצדק מן ההנחה כי יש למשיבות עילת תביעה בשם היוצרים. טענתן של המבקשות כאילו הורחבה הפלוגתא בהסכמה באופן המצריך הכרעה גם בשאלה האם יש כלל בידי המשיבות עילה כזו, אינה מקובלת עלינו כנוכח הניסוח הברור של הפלוגתא. עם זאת, יש צדק בטענה החלופית שהעלו המבקשות כי אין לראות

בניסוח הפלוגתא משום הסכמה או ויתור מצד המבקשות על טענותיהן בהקשר זה. על כן ונוכח המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא, היה מקום לאפשר להן להעלות טענות אלו בהמשך ההליך, אלא שכפי שיובהר להלן אין הדבר נדרש עוד וזאת נוכח התוצאה שאליה הגעתי בהליכים דנן.

11. כתבי ההעברה לאקו"ם עליהם חתמו הזמר מאיר אריאל ז"ל והמשיבות 2-3 – (מוצג 2 למוצגי החברה המרכזית ומוצג 4 למוצגי אקו"ם) – הם אם כן המסמכים המרכזיים המצריכים פירוש לצורך הכרעה בפלוגתא שהעמידו הצדדים לדיון.

בהסכמת הצדדים החלטנו ביום 17.6.2013 על מתן רשות ערעור בכל שלוש הבקשות, ועל ניהול הדיון כאילו הוגשו ערעורים על פי הרשות שניתנה. אקדים ואומר כי לאחר שבחנתי את מכלול טענות הצדדים באתי למסקנה כי יש לפרש את כתבי ההעברה באופן שונה מזה שבו התפרשו מסמכים אלה על-ידי בית המשפט המחוזי.

פרשנות כתבי ההעברה

12. בפרשנות חוזה יש להתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים ואחר "המטרות, היעדים, האינטרסים, והתכנית אשר הצדדים ביקשו במשותף להגשים" (ע"א 4628/93 מדינת ישראל נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) בע"מ, פ"ד מט(2) 265, 311 (1995) (להלן: פרשת אפרופים)). לצורך כך על הפרשן להידרש בראש ובראשונה ללשון החוזה, המהווה נקודת מוצא לכל פרשנות וכן עליו להידרש לנסיבות החיצוניות האופפות את החוזה (דנ"א 2045/05 ארגון מגדלי ירקות - אגודה חקלאית שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא(2) 1, 27-30 (2006)). על המקום המרכזי השמור ללשון החוזה בתהליך הפרשני עמד בית משפט זה לא אחת (ראו רע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ, פס' 15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (26.2.2012) (להלן: פרשת סהר); ע"א 8836/07 בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן, פס' 2 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (23.2.2010) וכן ראו ע"א 2232/12 הפטריארכיה הלטינית בירושלים נ' פארוואג'י, פס' 14 (11.5.2014) (להלן: פרשת הפטריארכיה)).

עוד נקבע זה מכבר כי רק במקרה שאין כל אפשרות להתחקות אחר אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים, רשאי בית המשפט לפנות לבחינת התכלית האובייקטיבית של החוזה, היינו "המטרות, האינטרסים, והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים" (פרשת אפרופים, בעמ' 313; פרשת ארגון

מגדלי ירקות, עמ' 28-29; ע"א 8239/06 אברון נ' פלדה, פס' 2 לפסק דיני (21.12.2008)). גישה פרשנית זו נותרה על עומדה, כך נראה, גם לאחר שביום 26.1.2011 נכנס לתוקפו תיקון מספר 2 לחוק החוזים (חוק החוזים) (חלק כללי) (תיקון מספר 2), התשע"א-2011, ס"ח 202), אך הדבר אינו טעון הכרעה בענייננו משום שהוראות התיקון אינן חלות על כתבי ההעברה דנן.

13. על מנת להתחקות אחר אומד הדעת המשותף של הצדדים לכתבי ההעברה - אקו"ם, מאיר אריאל ז"ל והמשיבות 2 ו-3 - יש לבחון אפוא ראשית לכל את נוסחם של שלושה כתבי ההעברה בהיותם כאמור נקודת מוצא להליך הפרשני כולו. עיון בכתבי ההעברה הללו מלמד כי נוסחם זהה בעיקרו ועל כן ניתן להסתפק בהצגת הסעיפים הרלוונטיים של אחד מהם בלבד.

וכך נקבע בכתב ההעברה מיום 19.6.2001 עליו חתמה המשיבה 3:

1. אני הח"מ מדיה מן בע"מ, חבר אקו"ם, תמורת כל הזכויות והשירותים שקיבלתי ומקבל מאקו"ם בע"מ (אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל) מעביר בזה לאקו"ם באופן בלעדי את זכויות היוצרים המפורטות להלן בכל היצירות אשר בבעלותי ו/או ברשותי כדין ואשר ארכש או שימסרו לרשותי בכל דרך שהיא בתור מו"ל למוסיקה (להלן: כל יצירותי):

- א. את זכות הביצוע של כל יצירותי הכוללת את הזכות לבצע בציבור בארץ ובכל חלקי תבל, בכל האמצעים ובכל צורה שהיא ובשיטות הידועות כיום ושיפותחו בעתיד. ובכלל זה שידורי רדיו ושידורי טלוויזיה.
- ב. את זכות ההסרטה של כל יצירותי...
- ג. את כל זכויות השידור ברדיו ובטלוויזיה של כל יצירותי.
- ד. את כל זכויות ההקלטה של כל יצירותי באמצעים הידועים כיום ושיפותחו בעתיד...
- ה. ...

בסעיף 1(ו) מופיע הסייג היחיד להעברת זכות הביצוע לפי סעיף 1(א) הנ"ל לכתב ההעברה והוא שזו אינה מועברת בכל הנוגע לביצוע בימתי של יצירות דרמטיות ודרמטיות-מוזיקליות.

הנה כי כן, כתבי ההעברה מתייחסים למגוון של זכויות יוצרים שהועברו לאקו"ם ובהן הזכות לבצוע פומבי של היצירות שבבעלות או ברשות החותמים על כתבי ההעברה. בענייננו לא היתה מחלוקת בין הצדדים כי הזכות אשר בה נעשה שימוש באתר היא זכות הביצוע הפומבי. משכך אצא אף אני מהנחה זו.

14. האם לשון כתבי ההעברה מלמדת כי המשיבות העבירו לאקו"ם את זכות הביצוע הפומבי במלואה לרבות השימוש המסחרי שעשו וואלה והחברה המרכזית ביצירות? סעיף 1(א) לכתבי ההעברה נוקט בלשון כוללנית מובהקת המעבירה לאקו"ם את הזכות לבצע כל יצירה בכל מקום ("בארץ ובכל חלקי תבל"), בכל אופן ("בכל האמצעים ובכל צורה שהיא") ובכל שיטה ("בשיטות הידועות כיום ושיפותחו בעתיד"). קשה להעלות על הדעת לשון אשר בה יכולים היו הצדדים לנקוט על מנת להבהיר באופן ברור יותר כי הם מתכוונים להעברת זכות הביצוע הפומבי במלואה. לשון כתבי ההעברה אינה כוללת סייג כלשהו האוסר על אקו"ם להעניק רישיונות לביצוע פומבי של יצירות בהקשרים מסחריים או פרסומיים, או המחייב את אקו"ם לקבל את אישורו של היוצר טרם מתן רישיון כאמור, וזאת הן לגבי השיטות הידועות ביום החתימה על כתב ההעברה והן באלה "שיפותחו בעתיד", דוגמת שידור באינטרנט (בהקשר זה לא למותר לציין כי בכתב ההעברה עליו חתומה המשיבה 2 נזכרו במפורש שידורים דרך רשת האינטרנט). כלומר, למעט הסייג היחיד המפורט בכתבי ההעברה והנוגע לביצוע בימתי, אין בכתבי ההעברה על פי לשונם סייג נוסף כלשהוא לגבי העברת הזכות לביצוע פומבי לאקו"ם. מכאן עולה לכאורה המסקנה כי על פי כתבי ההעברה נמסרה לאקו"ם גם הזכות להתיר ביצוע פומבי בהקשרים מסחריים של היצירות המוזיקליות נושא כתבי ההעברה.

האם מסקנה זו נסתרת מתוך בחינת הנסיבות החיצוניות האופפות את ההתקשרות בכתבי ההעברה? על מנת להשיב לשאלה זו יש לבחון את הנסיבות החיצוניות אליהן נדרש בית המשפט המחוזי בהקשר זה. אך בטרם נידרש אליהן ראוי לשוב ולעמוד על כללי הפרשנות שהתוותה ההלכה הפסוקה באשר למהלך הפרשני היוצא מלשון החוזה והנמשך אל עבר הנסיבות החיצוניות האופפות אותו. בפרשת סהר הדגיש המשנה לנשיאה ריבלין כאמור את המקום המרכזי והחשוב של לשון החוזה בהליך הפרשני כ"כלי קיבול של אומד דעת הצדדים, התוחם את גבולות הפרשנות ואינו מאפשר לייחס לחוזה פרשנות שאינה מתיישבת עם לשונו". כפועל היוצא מכך ציין המשנה לנשיאה ריבלין באותו העניין כי "קיימת חזקה שלפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את משמעותה הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב – היא המשמעות האינטואיטיבית הקמה עם קריאת לשון החוזה בראי הקשרו הכללי" (פרשת סהר, פס' 14).

15 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין). כמו כן ונוכח המקום המרכזי השמור ללשון החוזה בהליך הפרשני נפסק עוד כי "ככל שלשון החוזה ברורה יותר, כן תידרשנה ראיות-חוץ בעלות משקל כבד יחסית כדי לגבור על הפירוש הנדרש ממנה לכאורה... מישקלן הכולל של ראיות-החוץ חייב שיהא רב למדי עד שיעלה בידיהן לגבור על הלשון הברורה" (פרשת ארגון מגדלי ירקות, פסק דינו של השופט חשין בעמ' 52-53).

במקרה שלפנינו אין אמנם בכתבי ההעברה סעיף מפורש הקובע כי מועברת לאקו"ם גם הזכות לביצוע פומבי של היצירות בהקשרים מסחריים אך הלשון הכללית והגורפת של כתבי ההעברה בכל הנוגע לזכויות המועברות עליה עמדנו לעיל, מתיישבת היטב עם מסקנה כי זכות זו הועברה אף היא לאקו"ם. על כן מוטל על המשיבות במקרה דנן הנטל להראות כי הנסיבות החיצוניות שבגינן הן מבקשות לסתור מסקנה זו, הינן בעלות משקל סגולי כה גבוה עד שניתן יהיה לומר שאומד דעתם המשותף של הצדדים שונה מזה העולה, לכאורה, מלשון כתבי ההעברה. האם עמדו המשיבות בנטל זה והראו כי הנסיבות האופפות את כתבי ההעברה לפני ואחרי כריתתם סותרות את החזקה לפיה יש לפרשם באופן התואם את פשוטו של מקרא?

15. אינני סבורה כך. ראשית יש לציין כי המשיבות לא הציגו כל ראיה בדבר הנסיבות המהוות את "המעגל הקרוב ביותר לחוזה עצמו" (אהרן ברק פרשנות במשפט – פרשנות החוזה כרך ד 462-465 (2001) (להלן: ברק); ע"א 554/83 "אתא" חברה לטכסטיל בע"מ נ' עיזבון זולוטולוב, פ"ד מא(1) 282, 306 (1987)) – הן הנסיבות שקדמו לכריתת כתבי ההעברה. המשיבות לא הוכיחו באופן ישיר מה היה אומד דעתם של נציגי הצדדים שהיו מעורבים בחתימה על כתבי ההעברה בעת שאלה נחתמו, ככל שהדבר נוגע לסוגיה שבמחלוקת. המשיבות אף לא סיפקו הסבר מניח את הדעת לשאלה מדוע לא נכלל בכתבי ההעברה הסייג הנטען על ידן בנוגע לביצוע פומבי לצרכי פרסומת. המשיבות הסתפקו לעניין זה בראיות עקיפות הנסמכות בעיקרן על הנוהג הקיים, לטענתן, בשוק המוזיקה וכן על התנהגות אקו"ם לאחר כריתת החוזה, ובפרט על האופן שבו הציגה את הדברים כלפי וואלה והחברה המרכזית. בכך, כפי שאפרט להלן, אין די על מנת לפרש את כתבי ההעברה באופן שביקשו המשיבות לפרשם.

הנוהג בשוק המוזיקה

16. בית המשפט המחוזי ער היה לכך שלשון כתבי ההעברה אינה מחריגה ביצוע פומבי לצרכי פרסומת אך סבר כי מן הראוי לייחס משקל בהקשר זה לנוהג בינלאומי

עליו העיד מר גפן מנכ"ל המשיבה 3 ולפיו העברת הזכות לביצוע פומבי לאקו"ם מצד יוצרים אינה כוללת את הסכמתם לביצוע פומבי של יצירותיהם בהקשרים אלה בלא אישורם המפורש. אכן, נוהג הקיים בין הצדדים לחוזה וכן נוהג כללי המקובל בתחום מסוים ובחוזים מאותו הסוג יכול להוות חלק "מהנסיבות" שאליהן רשאי הפרשן לפנות על מנת להתחקות אחר אומד דעתם של הצדדים (ברק, בעמ' 466-467). לא מצאתי מקום להתערב בקביעתו של בית המשפט המחוזי בדבר קיומו של הנוהג האמור. קביעה עובדתית זו מבוססת על התרשמותו של בית המשפט קמא מעדי המשיבות וערכאת הערעור אינה נוהגת כידוע להתערב בממצאים מסוג זה שקבעה הערכאה הדיונית, להוציא מקרים חריגים שהמקרה דנן אינו נמנה עמם (ראו לדוגמא: ע"א 3601/96 בראשי נ' עיזבון המנוח קלמן בראשי, פ"ד נב(2) 582, 594 (1998)). ואולם השאלה המרכזית המתעוררת בהקשר זה היא מה נחשב כ"פרסומת" על פי הנוהג האמור והאם השימוש שעשו וואלה והחברה המרכזית ביצירות במסגרת האתר אכן מהווה "פרסומת" במובן זה. ויודגש, אינני חולקת על קביעתו של בית המשפט המחוזי לפיה השילוב בין אתר המכוסה כולו במותג "קוקה קולה" ובין המוזיקה המושמעת באותו אתר, יש בו בהחלט אלמנטים פרסומיים אותם ביקשה החברה המרכזית להשיג עת התקשרה עם וואלה בהסכם שיתוף הפעולה להפעלת האתר. כמו כן מקובלת עלי טענת המשיבות כי הניסיון להפריד בהקשר זה בין "פרסומת" ובין "חסות" הינו מלאכותי, שהרי חסות בהקשר המסחרי איננה ניתנת לשם שמיים אלא לצורך חשיפה ופרסום של המותג או הגוף המסחרי נותן החסות. ואולם, משכתבי ההעברה לא סייגו באופן כלשהו את זכות הביצוע הפומבי שהועברה לאקו"ם ככל שהדבר נוגע להקשרים מסחריים, ומשהמשיבות נאחזות לצורך החלת הסייג הנטען על ידן על נוהג בינלאומי, ממילא יש להידרש אך ורק לתכניו של אותו הנוהג ולסוג ה"פרסומת" שאליה הוא מתייחס, משום שרק סוג ה"פרסומת" הזה יכול להיחשב, אם בכלל, כזכות שהעברתה לאקו"ם סויגה. על כן, העובדה כי השימוש שנעשה ביצירות במסגרת האתר יכול להיחשב כ"פרסומת" במובן הכללי של מונח זה אין די בה על מנת לקבוע מכוח הנוהג כי אקו"ם לא הייתה רשאית ליתן לוואלה רישיון שימוש כזה ביצירות נושא כתבי ההעברה.

17. מן הראיות שהוצגו בפני בית המשפט קמא עולה כי המודל המסחרי שבנו וואלה והחברה המרכזית להפעלת האתר על פי הסכם שיתוף הפעולה ביניהן והשילוב שנוצר על פיו בין האפשרות להאזין ליצירות מוזיקליות של יוצרים שונים (על דרך של בחירת סוגה או של בחירת יוצר) ובין החשיפה למותג "קוקה קולה" המופיע לאורכו ולרוחבו של האתר, היה מודל שיווקי חדשני באותה עת, ולא היה לו תקדים בשוק המוזיקה ובכללים הנהוגים לגבי זכויות יוצרים באותו שוק. עמד על כך מר Terence Foster-Key, יועץ בכיר ליו"ר המשיבה 1 (להלן: Key):

ש: ... I asked you to describe what you saw on the web site?

ת: I saw a site with Coca Cola going across the top, which was moving images and you are hearing different pieces of music.

[...]

ש: Was it something unique? Was it the first time that you saw such use of music on a web site?

ת: Yes.

ש: It was?

ת: Yes.

ש: And subsequently, did you see other web sites that do the same?

ת: No.

(עמ' 21-22 לפרוטוקול הדיון מיום 20.10.2009; וראו גם עדותו של מר Raulf Budde, בעמ' 54, 59 לפרוטוקול הדיון מיום 1.2.2010; ס' 17.3 לתצהירו של מר ראובן רצון, סמנכ"ל אקו"ם, מיום 15.3.2009 (להלן: רצון)).

משעניין לנו במתכונת פרסומית חדשה לחלוטין אשר נציגי המשיבות מודים כי נתקלו בה לראשונה במקרה דנן, אין מקום ולו מטעם זה לטענה כי חלים לגביה הסייגים שנקבעו בנוהג הבינלאומי לעניין העברת הזכות לביצוע פומבי לצרכי פרסומת. נוהג הוא "כלל שנוהגים על פיו תדיר, תוך הבנה כי הוא מקוים בגדרה של פעולה משפטית (כגון חוזה) שבין הצדדים" (ברק, בעמ' 609). מטבע הדברים, יחשב נוהג כמקובל בתחום שבו הוא נוהג כאשר הוא ידוע באותו התחום. על כן, השאלה האם התנהגות מסוימת היא כה מקובלת בתחום מסוים עד כי התגבש לגביה נוהג, יכולה להיענות אך ורק במבט הצופה פני עבר (ראו: גבריאלה שלו דיני חוזים - החלק הכללי 447 (2005)). במאמר מוסגר לא למותר לציין לצורך ההשוואה כי נציגי המשיבות התייחסו בעדותם לפרקטיקה שיווקית "חדשה" נוספת של שימוש ב"באנרים" (רצועות פרסום תחומות המוצגות על גבי דף האינטרנט) באתר אינטרנט המשמיע מוזיקה, ולגביה היו הם עצמם חלוקים בשאלה האם זו מחייבת את קבלת הסכמת היוצר אם לאו (ראו חקירתו הנגדית של Key, עמ' 25 לפרוטוקול הדיון מיום 20.10.2009; חקירתו הנגדית של Budde, עמ' 51 לפרוטוקול הדיון מיום 1.2.2010; חקירתו הנגדית של גפן, עמ' 95 לפרוטוקול הדיון מיום 1.2.2010).

18. חיזוק למסקנה לפיה הנוהג הנטען אינו מתייחס למודל הפרסומי החדש והבלתי מוכר בשוק המוזיקה אותו יישמו וואלה והחברה המרכזית באתר, ניתן למצוא בעדויות שנשמעו בפני בית המשפט קמא מהן עולה כי קיים הבדל ניכר בין

ה"פרסומת" שאליה מתייחס הסייג הכלול בנוהג הבינלאומי לעניין העברת זכות הביצוע הפומבי לצרכי פרסומת, ובין המודל הפרסומי אשר יושם באתר דנן. מן העדויות עולה כי השימוש המקובל ביצירות מוזיקליות לצרכי פרסום שהיה נהוג בשוק באותה העת הוא בדרך של שילוב היצירה המוזיקלית בפסקול הפרסומת או בדרך של יצירת זיקה ברורה בין הפרסומת ובין היצירה הקונקרטית. לגבי "פרסומת" על פי מודלים אלו נהוג היה לטענת המשיבות לקבל את הסכמת היוצר (ראו חקירתו הנגדית של Key, עמ' 20 לפרוטוקול הדיון מיום 20.10.2009; סעיפים 17.3.15-17.4 לתצהירו של רצון; סע' 8 לתצהירו של Nathaniel Albert Osher; השוו: ע"א 8393/96 מפעל הפיס נ' The Roy Export Establishment Company, פ"ד נד(1) 577 (2000)). ואכן, אקו"ם אישרה אף היא כי נהגה לפנות לקבלת אישור היוצר טרם מתן רישיון לשימוש ביצירה קונקרטית על פי המודלים הפרסומיים הללו (ראו סעיף 17.2 לתצהיר רצון). עוד חשוב לציין כי אין מדובר בווריאציה גרידא על המודל הפרסומי שאליו על פי העדויות התייחס הנוהג. ההבדלים בין המודל הפרסומי החדש שהופעל באתר ובין המודל הפרסומי שאליו מתייחס הנוהג הנטען, ניכרים לעין. באתר שודרו, כאמור, ברצף ובמתכונת של מעין רדיו אינטרנטי, יצירות מוזיקליות רבות ומגוונות מתוך אוספים לפי בחירת הגולש, והם קובצו על פי סוגה או על פי זהות היוצר. מתכונת זו עשויה אמנם לצרוב בתודעתו של הגולש את המותג "קוקה קולה" בקשר עם האתר ואולי גם עם המוזיקה המושמעת בו באופן כללי, אך אין בה בעיני כדי ליצור בתודעת הצופה זיקה בין יצירה קונקרטית של מאיר אריאל או של להקת "הדלתות" ובין המותג "קוקה קולה" (ראו חקירתו הנגדית של גפן, עמ' 68 לפרוטוקול הדיון מיום 1.2.2010; סעיף 13 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי).

משכך, ואף אם נקבל את ההנחה כי הנוהג הנטען היה חלק מן הנסיבות אשר ייצבו את אומד דעת הצדדים בעת כריתת כתבי ההעברה, אין מקום לייחס להם מכוח אותו הנוהג את הכוונה לסייג את העברת הזכות לביצוע פומבי, ככל שהדבר נוגע לפרסומת מן הסוג שיושם באתר.

התנהגות אקו"ם לאחר כריתת כתבי ההעברה

19. התנהגותם של צדדים לאחר כריתת ההסכם עשויה אף היא לשמש כלי פרשני לבחינת כוונתם בעת שהתקשרו בו ולגבי האופן בו הבינו הם עצמם את תוכנו (פרשת סהר, פס' 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין; ע"א 376/76 פקיד השומה ירושלים נ' אריזדה, פ"ד לא(1) 436, 441 (1976); ע"א 439/85 חברת הרשפינקל ובנו בע"מ נ' גולדשטיין, פ"ד מב(1) 286, 292 (1988); בג"ץ 932/91 קרן הגימלאות המרכזית של עובדי ההסתדרות בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מו(2), 430, 437-438 (1992);

ע"א 49/06 שניר תעשיות צמר גפן רפואי בע"מ נ' עיריית כפר סבא, פס' 8 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (11.6.2008); ברק, עמ' 469-467). ואולם, גם כלל פרשני זה אינו מאפשר לפרש את החוזה באופן החורג מן המתחם הלשוני שלו (פרשת סהר, פס' 33 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין).

בענייננו, כפי שכבר צוין, מצא בית המשפט המחוזי בהתנהגותה של אקו"ם לאחר כריתת כתבי ההעברה תימוכין לכך שאקו"ם עצמה סברה כי זכות הביצוע הפומבי לצורך פרסומת מן הסוג שנעשה באתר לא הועברה לה וכי עליה לקבל לצורך כך את הסכמת המשיבות. בית המשפט הסתמך בהקשר זה בעיקר על תנאי הסכם הרישיון אשר נחתם בין אקו"ם לוואלה; על התכתובות בין אקו"ם לוואלה לאחר הפרת הסכם הרישיון על ידי וואלה; ועל הסכם הפרשה שנחתם ביניהן. דעתי בעניין זה שונה ואינני סבורה כי התנהגותה של אקו"ם לאחר כריתת כתבי ההעברה יש בה בהכרח כדי להוציא את התחייבויות ההעברה הגורפות והמקיפות שנכללו בכתבי ההעברה מידי פשוטו של מקרא ולהוביל אל המסקנה כי לא הועברה לה על-פיהם למצער הזכות לביצוע פומבי מן הסוג שיושם באתר.

20. בית המשפט קמא סבר כי סעיפים 16 ו-16ט בהסכם הרישיון בין אקו"ם לוואלה לפיהם נדרש, בין היתר, אישור היוצרים לשימוש ביצירות בהקשרים מסחריים, מלמד כי לא הייתה בידי אקו"ם זכות כזו מתוקף כתבי ההעברה. וכך נקבע באותם סעיפים:

6. מגבלות הרישיון

[...]

ו. מקבל הרישיון אינו רשאי להשתמש בכל יצירה לצורכי בחירות, קידום מכירות, שיווק, פרסום ו/או פרסומת למוצרים או שירותים מסחריים ו/או לצורך שידור תוכנית חסות ו/או לכל שימוש מסחרי אחר, ולא יציג כל יצירה בקשר עם מוצר או שירות כלשהו אלא אם ובמידה שקיבל על כך רישיון נפרד בכתב מאקו"ם ומיוצר היצירה. להסרת ספק, האמור לעיל יחול גם על שימוש ביצירות לצרכי פרסום תחנת הרדיו ו/או פורטל וואלה.

[...]

ט. מבלי לגרוע מהאמור בסעיף 16. (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 שקיבל על כך רישיון בנפרד בכתב מאקו"ם ומיוצר היצירה. האמור בסעיף זה לא יחול על קישורים ו/או שיוכים ו/או שידור של יצירה כלשהי כחלק מסקירה ו/או ביקורת מוסיקלית ו/או תרבותית כל עוד אין בהם כדי להוות פגיעה בזכותו המוסרית של היוצר, ובלבד שמקבל הרישיון שילם בגין השימוש ביצירות דמי רישיון כקבוע בהסכם זה.

לשיטתי, אין בתניות אלו כדי להעיד בהכרח על כך שאקו"ם הייתה מחויבת - במערכת היחסים שבינה ובין המשיבות מתוקף כתבי ההעברה - לקבל אישור מכל יוצר בכל הקשר של פרסום מסחרי. מן התניות אשר נכללו בהסכם הרישיון בין אקו"ם לוואלה עולה באופן מפורש וברור כי הרישיון אינו מתיר לוואלה כמקבלת הרישיון לעשות שימוש כלשהוא ביצירות נושא הרישיון לצרכים מסחריים, וכפי שהבהירה אקו"ם כאשר מוענק על ידה רישיון המאפשר גם שימוש לצרכים מסחריים, כי אז נקבע תמורתו תעריף שונה. העובדה כי על פי אותן התניות נדרש אישור היוצר ולא רק קבלת רישיון נפרד מאת אקו"ם לצורך שימוש מסחרי, יכולה ללמד כי כאשר על פי הנוהג הנזכר לעיל נדרש אישור כאמור, ביקשה אקו"ם להעמיד את וואלה על כך. זאת ועוד - תנאי בחוזה לפיו נדרש אישור של צד ג' לצורך פעולה מסוימת אינו מלמד בהכרח על כך שהצד לחוזה אשר הציב את אותו התנאי אינו רשאי לאשר פעולה זו בעצמו. יש לזכור כי אקו"ם היא תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים הפועל למען חבריו, יוצרים ואמנים, במתן הרשאות לשימוש ביצירות, לגביית תמלוגים עבורם ולאכיפת זכויות היוצרים במקרה של הפרה (ראו: ע"א 5365/11 אקו"ם בע"מ-אגודת קומפוזיטורים נ' emi music publishing ltd, פסקאות 2 ו-26 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (3.9.2013); רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, 630 (2003)). משכך, דרישתה של אקו"ם לקבלת אישור היוצר עשויה להתפרש כרצון להעניק ליוצרים הגנת-יתר מול מקבל הרישיון ולשמור על האינטרסים שלהם, הגם שהסמיכו אותה להעניק רישיונות בזכויות היוצרים שלהם לגופים מסחריים, למשל כאשר קיים חשש כי הענקת רישיון כאמור עלול לפגוע בזכות המוסרית של היוצר אשר אינה ניתנת להעברה (למשמעותה של הזכות המוסרית האמורה ראו טוני גרינמן זכויות יוצרים- מעידן הדפוס אל העידן הדיגיטאלי 519-545 (2003); סעיף 4 א לפקודת זכות יוצרים וכן ראו כיום סעיפים 45-46 לחוק זכויות יוצרים החדש).

21. החלטת דירקטוריון אקו"ם לחודשים מרץ- אפריל 2005, סמוך לפני כריתת הסכם הפשרה, תומכת אף היא במסקנה לפיה פעלה אקו"ם בעניין זה על דרך של הענקת הגנת יתר ליוצרים. וכך נקבע, בין היתר, באותה החלטה:

אחרי דיון מעמיק, החליט הדירקטוריון פה אחד, כלהלן:

אקו"ם תעניק רישיון-שמיכה לאתרי אינטרנט, המקדמים מותג מסחרי לצורכי פרסום, קידום מכירות וכד', בכפוף לתנאים הבאים:

א. הרישיון יהיה בתעריף מתאים לסוג השימוש הזה.

ב. בהסכם הרישיון ייכתב, שהיוצרים רשאים לסרב למתן רישיון לצורך שימוש זה, וברגע שתימסר על כך הודעה למשתמש, המשתמש יוריד את היצירות המסורבות, תוך 24 שעות.

ג. אקו"ם תודיע לחברים על סוג שימוש זה, ותאפשר לחברים להודיע בכתב על סירובם לשימוש זה ביצירותיהם.

החלטה זו מחזקת את המסקנה עליה עמדתי לעיל לפיה מדובר במודל פרסומי חדש אשר אין מקום להחיל לגביו את הנוהג הנטען, וחשוב מכך יש בה כדי להעיד - בשונה מן המסקנה שאליה הגיע בית המשפט קמא - כי אקו"ם סברה שזכות הביצוע הפומבי לרבות בהקשרים מסחריים מצויה בידיה מכוח כתבי ההעברה. אחרת אין להבין את האמור בהחלטה לפיה רואה עצמו דירקטוריון אקו"ם מוסמך להעניק רישיון "שמיכה" לאתרי אינטרנט "המקדמים מותג מסחרי לצורכי פרסום, קידום מכירות וכד'" וזאת גם מבלי שיתקבל לכך אישור מוקדם של היוצר. עם זאת, סבר הדירקטוריון כי מן הראוי להעניק ליוצרים זכות סירוב בדיעבד, ככל שיהיו מעוניינים בכך. מי שסוחר בזכויות שאינן שלו אינו פונה לבעל הזכויות ומודיע לו על כך בדיעבד ונראה על כן כי החלטה זו מחזקת אף היא את המסקנה לפיה התנהלה אקו"ם בכל הנוגע להענקת רישיונות לצרכים מסחריים מתוך רצון להקנות בהקשר זה הגנת-יתר לחבריה.

22. אשר להסכם הפשרה שנחתם בין אקו"ם לוואלה בו צוין כי לטענת אקו"ם הפרה וואלה את תנאי הרישיון כאשר "השתמשה ביצירות מרפרטואר אקו"ם לצורך קידום, פרסום ושיווק קוקה קולה". טענת אקו"ם בדבר הפרת הסכם הרישיון על-ידי וואלה בשל השימוש ביצירות לצרכי פרסומת, בוודאי אינה מלמדת על כך שמדובר בפרסומת שאקו"ם אינה רשאית להעניק רישיונות לגביה. כל שהיא מלמדת הוא כי ביחסים שבין אקו"ם לוואלה ועל פי תנאי הרישיון שהוענק לוואלה בהסכם הרישיון לא הייתה אקו"ם רשאית לעשות שימוש ביצירות לצרכי פרסום. העובדה שאקו"ם כרתה את הסכם הפשרה בשקיפות תוך שיתוף בעלי הזכויות השונים ובהם המשיבות, מלמדת כי אקו"ם נהגה מנהג בעלים בזכויות היוצרים במגעים עם וואלה לאחר שזו הפרה את תנאי הרישיון. המשיבות אשר ידעו על דבר המגעים הללו לא מחו ולא הסתייגו מצידן על התנהלותה זו של אקו"ם ואף קיבלו לידיהן בדיעבד את ה"פירות" (הזעומים יש לומר) של אותו הסכם פשרה. כך עולה מן ההתכתבויות בין וואלה ובין בא כוח המשיבות, למשל ממכתבו של בא כוח המשיבות לוואלה מיום 13.12.2004 בו ציין:

1. כפי שנמסר לך על ידי אקו"ם, הפגישה שנקבעה להיום תתקיים בפורום מצומצם בין אקו"ם לוואלה, בתקווה שפתרון ימצא.

2. לידיעתך, מרשותי עומדות מאחורי טענותיהן ממכתבי מיום 21 בספטמבר 2004, ואנו נפנה אליך במידה שלא ימצא פתרון המקובל על מרשותי במו"מ כאמור לעיל.

מר גפן נדרש בחקירתו ליתן הסבר למכתב זה, ואף שהתכחש לסמכותה של אקו"ם לניהול המשא ומתן עם וואלה וציין כי הביע התנגדות לכך, ענה בחקירתו הנגדית "אין לי הסבר, תשאל את עורך הדין שלי" (ראו פרוטוקול הדיון מיום 1.2.2010, עמ' 108). הסכמת המשיבות לניהול משא ומתן בין אקו"ם וואלה אינה עולה בקנה אחד עם ההתנהגות המצופה ממי שטוענת לבעלות בזכות קניינית שהופרה.

23. לבסוף יש להתייחס למכתבו של בא כוח אקו"ם לוואלה מיום 3.11.2004 בו צוין בסעיף 4 כי: "השימוש במוזיקה לצורך קידום מותג מסחרי כרוך בתעריפים שונים לגמרי מאלה שנקבעו בהסכם ובזכויות שחלקן אינן בידי מרשתי". המבקשות לא סיפקו הסבר לאמור בסיפא של פסקה זו, אך נוכח מכלול הראיות שהוצגו ובראשן כתבי ההעברה, לא מצאתי כי משפט עמום זה - בייחוד נוכח ההתייחסות לזכות המוסרית בהמשך המכתב (ראו סעיף 6 למכתב) - יש בכוחו להכריע את הכף ולגבור על יתר הראיות התומכות במסקנה לפיה הזכות לביצוע פומבי של היצירות גם בהקשרים מסחריים הועברה לאקו"ם על ידי המשיבות.

24. סיכומי של דבר, הנסיבות החיצוניות ובהן: הנוהג הבינלאומי והתנהלותה של אקו"ם לאחר כריתת כתבי ההעברה - עליהם ביקשו המשיבות לסמוך את טענתן כי יש לפרש את כתבי ההעברה באופן שאינו מקנה לאקו"ם את הזכות לביצוע פומבי בהקשרים מסחריים - אינן תומכות לגישתי במסקנה זו. ממילא, רשאית היתה אקו"ם להתקשר עם וואלה בהסכם הפשרה ונוכח מסקנה זו מתייחר הצורך לדון בטענות הנוספות שהעלו החברה המרכזית וואלה, בין היתר, מתוקף דיני השליחות.

אשר על כן, אציע לחבריי לקבל את שלושת הערעורים שלפנינו, לדחות את התביעה שהגישו המשיבות בבית המשפט המחוזי ולחייב את המשיבות ביחד ולחוד לשלם לכל אחת מן המבקשות שכר טרחת עורך-דין בסך של 20,000 ש"ח.

השופט נ' הנדל:

אני מסכים לחוות דעתה של חברתי השופט א' חיות. ניתוח המקרה המקובל עלי מתיישב אף עם עמדתי בדבר פרשנות חוזה ברע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ בשם מגדל חברה לביטוח בע"מ (26.2.2012).

שופט

השופט צ' זילברטל:

אני מסכים.

שופט

לפיכך הוחלט כאמור בפסק דינה של השופטת א' חיות.

ניתן היום, כ"ד בתמוז התשע"ד (22.7.2014).

שופט

שופט

שופט