

הערת פסיקה

משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית

מאת
אסף יעקב*

- א. מבוא
- ב. עניין עיריית חולון נ' א.א.ס.סי מוסיקה בע"מ
- ג. על ספר, תקליטור ומה שביניהם
- ד. הגדרת תקליטור כקלטת
- ה. הגדרת המונח "לצרכי מסחר" או "למטרות מסחריות"
- ו. תמלוגים כ"פיצוי" על הפרות
- ז. סיכום

א. מבוא

זה לא מכבר נתן בית המשפט העליון פסק-דין תקדימי בעניין עיריית חולון נ' א.א.ס.סי מוסיקה בע"מ.¹ פסק-הדין נועד להכריע בשאלה המשפטית אם עיריית חולון, באמצעות הספרייה הציבורית שנהגה להשאיל תקליטורים לציבור הרחב, תוכל להמשיך לעשות כן, ואם מעשיה אינם עולים כדי הפרת זכויות-יוצרים. בית המשפט אישר את הפרקטיקה הנוהגת בהשיבו על השאלות בחיוב. אגב כך קבע בית המשפט, ואף עיגן, נורמות משפטיות אחדות שהשלכתן חורגת מגדרי המקרה הספציפי ועלולה להשפיע, למצער, על תעשיית המוזיקה, וייתכן שאף על תעשיות התוכנה והמדיה הדיגיטלית בכללותן. כל זאת משום שהדין בפסק-הדין מעורר שאלות בתחום ההשאלה וההשכרה של מוזיקה לא רק לגבי ספריות ציבוריות, אלא גם לגבי אלה שאינן ציבוריות. כמו-כן פסק-הדין מעורר שאלות בסיסיות בתחום "ההעתקה הפרטית".

* מרצה, בית הספר רדוינר למשפטים, המרכז הבינתחומי, הרצליה. תודתי נתונה למיכאל בירנהק, לשרון הוטרר, לעוזרי המחקר אורי פרוכטמן, שרון קויפמן ובוועד שדלצקי וכן לעורכת עיוני משפט סיון בריהן על הערותיהם המועילות והחשובות שהעירו לטיוטות קודמות של רשימה זו. כמו-כן תודתי נתונה למערכת עיוני משפט על הסיוע בהבאתה המהירה של רשימה זו לדפוס.

1 ע"א 326/00 עיריית חולון נ' א.א.ס.סי מוסיקה בע"מ (טרם פורסם) (להלן: עניין עיריית חולון).

ב. עניין עיריית חולון נ' אן.אם.סי מוסיקה בע"מ

פסק־הדין בפרשה זו הוא למעשה סיומו (הזמני?) של תיק רב־ת־הפוכות שהחל את דרכו בבית־המשפט המחוזי,² חברות התקליטים, שברשותן זכויות־היוצרים ברבים מן התקליטורים³ המושאלים בספרייה למוזיקה ע"ש שוורץ, ביקשו נגדה, בין היתר, צו־מניעה. הספרייה היא אחת מרשת ספריות המופעלות על־ידי עיריית חולון. היא השאלה תקליטורים תמורת דמי־מנוי במחיר של כתקליטור אחד ותמורת הפקדת פיקדון בסכום דומה. הפיקדון הוחזר בדובו לשואל עם סיום המנוי. נוסף על כך, וכתנאי להשאלה, נדרשו המנויים להתום על כתב־התחייבות שלפיו הם נוטלים על עצמם לא להעתיק או להקליט חומר שהם שואלים מן הספרייה.

צו־המניעה שהתבקש והתביעה שהוגשה נסמכו על סעיף 13 לפקודת זכות־יוצרים שהוסף בתיקון משנת 1996.⁴ על־פי הסעיף, "השאלה או השכרה, לצרכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות־יוצרים כמשמעותה בחוק זכות־יוצרים".⁵

2 ת"א (ת"א) 1192/96 אן.אם.סי מוסיקה בע"מ נ' עיריית חולון (לא פורסם) דינים ועוד 36, הלכות 10/03, דינים מחוזי כו(7), 709 (ניתן על־ידי כבוד השופט א' שלו); ות"א (ת"א) 1192/96 אן.אם.סי מוסיקה בע"מ נ' עיריית חולון (לא פורסם) דינים ועוד 36, הלכות 10/03, דינים מחוזי לב(5) 436 (ניתן על־ידי כבוד השופט ג' קלינג) (להלן: עניין חולון במחוזי).

3 בעניין זה ראו את הקבוע בסעיף 19 לחוק זכות־יוצרים, 1911, חא"י כרך ג, (ע) 2633, (א) 2475 (להלן: חוק זכות־יוצרים). על־פי הסעיף "זכות - יוצרים בתקליטים, בלוחות מנוקבים ובשאר מכשירים שאפשר להעתיק בהם קולות באופן מיכני, תהא קיימת באותו האופן כאילו היו המכשירים האלה יצירות מוזיקליות...".

4 חא"י כרך א, (ע) 364, (א) 389, כפי שתוקנה בתיקון מספר 6 - חוק זכויות יוצרים ומבצעים (קלטות) (תיקוני חקיקה), תשנ"ו-1996, ס"ח 1583, תשנ"ו 244 (להלן: פקודת זכות־יוצרים).

5 אגב, הן השופט קלינג והן השופט ש' לויין באו בטרוניות אל המחוקק על ניסוחו השגוי של סעיף 13. כך קבע השופט קלינג כי "אין ספק שכוונתו של החוק היא לקבוע כי השאלה או השכרה מהווים הפרה של זכות יוצרים ואין הכוונה, כלשונו של החוק, כי ההשאלה או ההשכרה מהווים זכות יוצרים" (עניין חולון במחוזי, לעיל הערה 2, פסקה 2 לפסק־דינו של השופט קלינג). בדומה, השופט ש' לויין ציין: "ניסוחו של סעיף 13 לפקודה אינו מדויק. לא היתה כוונה לומר כי השאלה או השכרה של תקליטור מהווה זכות יוצרים; אלא כוונתו של החוק היתה לקבוע כי השאלה או השכרה של תקליטור לצרכי מסחר, ללא רשות, מהווה הפרה של זכות יוצרים." (עניין חולון, לעיל הערה 1, פסקה 8 לפסק־דינו של השופט לויין). אולם גראה שהטרונה שהביעו השניים אינה מוצדקת וכי לא יצאה שגגה מלפני המחוקק והוא אמר את שהתכוון אליו (אם כי אודה על האמת, בצורה מסורבלת במקצת). סעיף 13 בא אך ורק להוסיף על אגד הזכויות של בעל זכות־היוצרים את זכות ההשאלה והשכרה המסחריים. הסעיף האופרטיבי הינו סעיף 11(1) לחוק זכות־יוצרים, שלפיו "רואין זכות־יוצרים ביצירה כאילו הופרה ע"י אדם אם

בית-המשפט מציין כי לא היתה בין הצדדים מחלוקת שהתקליטורים שהספרייה משאילה הם "קלטות" כמוגדר בפקודה, וכי סעיף 13 חל על השאלתן על-ידי הספרייה. זאת, לאורה של הגדרת המונח קלטת בסעיף 33 לפקודה,⁶ שלפיה קלטת הינה "התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב".⁷

המחלוקת העיקרית נסבה על פרשנות התיבה "לצרכי מסחר" הקבועה בסעיף 13. אם פעילות הספרייה מהווה השאלה או השכרה לצורכי מסחר, יש במעשיה כדי להוות הפרה של זכות-יוצרים. אם, לעומת זאת, מעשיה אינם עולים כדי צורכי מסחר, היא לא תיחשב למפרה, שכן זכותו של היוצר אינה מתגבשת כלל כדי זכות-יוצרים, ועל-כן אינה זוכה ממילא בהגנה.⁸ השופט שלו ז"ל, שדן בצורה-מניעה הזמני, קבע כי המונח "לצרכי מסחר" שבחוק אינו יכול להתפרש כחל על מעשיה של הספרייה. מכיוון שלגביה אין מחלוקת כי אינה גוף לשם עשיית רווח ואין בפעולות ההשאלה של התקליטורים משום פעילות מסחרית ישירה או בלתי-ישירה. לעומתו, השופט קלינג, בנותנו את פסק-הדין הסופי בתיק, נקט גישה שונה. לדבריו, אופיה הציבורי של הספרייה אינו שולל כשלעצמו את האופי המסחרי של ההשאלה או ההשכרה. המקרה דומה לרשות מקומית, שתכליתה אינה מסחרית, העוסקת בין השאר בפעילויות מסחריות, דוגמת קנייה ומכירה של טובין. עוד קבע השופט קלינג כי פרשנות אפשרית של המונח "לצרכי מסחר" היא לראותו ככולל "כל [ה]נסיבות שבהן ניתנת תמורה להשכרה או להשאלה", לרבות "תשלום חד פעמי לתקופה מסויימת", קרי לענייננו – רכישת המנוי.⁹ לתפיסתו של קלינג, פרשנות

שלא בהסכמת בעל זכות-היוצרים הוא עושה מעשה שהזכות היחידה לעשייתו נתונה בתוק זה לבעל זכות-היוצרים...".

6 אשר הוסף אף הוא באותו תיקון, לעיל הערה 4.

7 אגב, אם יש לבוא בטרוניות אל המחוקק, הרי שזה המקום, שכן ההגדרה של קלטת הינה בעייתית עד מאוד. על-פי החוק, קלטת מוגדרת כהתקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה חזותית. אם ניקח את ההגדרה עד אבסורדום, הרי שקלטת ריקה שכבר הקליטו עליה אינה עונה על הגדרת קלטת, שכן כעת כבר יש עליה טביעה. נוסף על כך, גם עניין השימוש במחשב יוצר בעיות, שכן ניתן כיום לנגן תקליטור של מוויקה במחשב; האם הדבר שולל את אופיו של התקליטור כקלטת? ניתן לפרש את הסיפא באופן שאומר שכאשר ההתקן מיועד רק או בעיקר לשימוש במחשב, הוא יוצא מגדר הגדרת המונח; ואז תעלה השאלה: ומה לגבי תקליטור שמוקלטים עליו קובצי MP3? הבעיה היא שבהגדרה שהינה תלוית-טכנולוגיה ספציפית ובעולם שבו הקדמה הטכנולוגית אצה, הגדרות כאלה יישארו תמיד בפיגור מאחור.

8 זה היה למעשה הרציונל לדיון בבית-המשפט העליון, שכן, כפי שנראה להלן, השופט קלינג (בבית-המשפט המחוזי) מניח למעשה את קיומה של הזכות, ועיקר הדיון מוקדש לשאלה של מידתיות הפגיעה.

9 עניין חולון במחוזי, לעיל הערה 2, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט קלינג. כדוגמה להגיון פרשנותו, השופט קלינג כותב: "אף מנוי בחניון רכב משלם סכום חד פעמי תמורת הזכות להתנות את רכבו לתקופה מסויימת, ואין הוא חייב בתשלומים נוספים אם

מרחיבה זו הינה אף ראויה, משום ששאלת התקליטורים בספרייה מפחיתה את מספרם של התקליטורים הנרכשים, וכך נגרע מהתמלוגים לבעלי זכויות היוצרים. גריעה זו מהווה פגיעה בזכויותיהם הקנייניות של בעלי זכויות היוצרים, אשר בהיעדר מנגנון לפיצוי הולם, עולה על הנדרש ואינה עומדת במבחן המידתיות על-פי חוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו.

בית-המשפט העליון הפך בפסק-דינו את הכרעתו של השופט קלינג וקבע כי פעילות הספרייה במקרה דנן אינה עולה כדי צורכי מסחר. ראוי לציין כי בין מתן פסק-הדין על-ידי בית-המשפט המחוזי לבין מתן פסק-הדין בעליון התקבל תיקון לחוק הספריות הציבוריות,¹⁰ וכיום ספרייה ציבורית כהגדרתה בחוק רשאית לספק שירותים¹¹ הנוגעים בתקליטורים.¹² נקודה זו חשובה, שכן למעשה, הגם שבית-המשפט העליון אינו מודה בכך מפורשות,¹³ היא ייתרה במידה רבה את השאלה הספציפית באשר לספריות,¹⁴ אך השאירה על כנה את השאלה הכללית יותר, והיא, כהגדרת בית-המשפט: מהו "היקפה של זכות ההשכרה וההשאלה של תקליטור, כפי שזו הוגדרה על-ידי המחוקק הישראלי בתיקון משנת תשנ"ו, והיחס בינה לבין ההרשאה הנתונה בחוק לספרייה ציבורית... להשאלת תקליטורים"¹⁵?

השופט ש' לוי קובע בפסק-הדין כי תקליטור הינו בגדר "קלטת", כיוון שהצדדים לא חלקו על כך בעניין שלפניו. לאחר בחינה השוואתית של הדין בארצות-הברית ובדירקטיבה האירופית, ואף של תזכיר חוק זכויות יוצרים, תשנ"ט-1999, הוא מגיע למסקנה כי הטכניקה שבה בחר המחוקק ליצור איזון בין האינטרס הציבורי שבגישה למידע והשימוש בו לבין האינטרס של בעלי זכויות היוצרים לקבל גמול הולם על עמלם היא טכניקה של מגבלה פנימית על הזכות בדמותה של הגדרה מצמצמת לזכות עצמה. על-פי גישה זו, השכרה או השאלה שאינה לצורכי מסחר אינן באות בגדר הזכות, ועל-כן

- באותה תקופה ירבה להחנות את רכבו, אף על-פי כן לא יעלה על הדעת לומר שניהולו של החניון איננו לצרכי מסחר." (שם, שם).
- 10 ס"ח 779, ותוקן בס"ח 1852, תשס"ב 452 (להלן: חוק הספריות הציבוריות).
- 11 זאת על-פי הקבוע בסעיפים 1א ו-6 לחוק. מכוח סעיף 6 הותקנו תקנות הספריות הציבוריות (שירותים), תשל"ט-1978, ק"ת 3899, הקובעות בסעיף 2(1) כי "השאלת ספרים למבוגרים, לבני נוער ולילדים" הינה בגדר השירותים שהספרייה תעניק.
- 12 בהגדרת "ספר" בסעיף 1 לחוק הספריות הציבוריות נכלל גם תקליט, וזה כולל גם תקליטור, כקבוע בסעיף 2 לאותו חוק.
- 13 בעניין זה אומר בית-המשפט: "אין לנו צורך לחוות דעה לגבי פועלו של חוק התיקון על המקרה שבפנינו" - עניין חולון, לעיל הערה 1, פסקה 16.
- 14 ניתן אומנם לטעון כי חוק הספריות הציבוריות נועד להסדיר את פעולת הספריות ואת מימונן ואינו יכול להכשיר עוולות שהספרייה מבצעת. אולם נראה שלפחות, ככל שהדברים מתייחסים לספריות ציבוריות, אין להתכחש לעצם הקביעה בתקנות, בין היתר, כי תפקיד הספרייה להשאל ספרים, ולאחר התיקון, אף תקליטורים. חוקה על המחוקק שלא יתיר לספרייה בחקיקה מעשים שיאסור עליה בחוק אחר.
- 15 עניין חולון, לעיל הערה 1, פסקה 6.

אינן יכולות לפגוע בה. על-כן מתייתרת בחינת המידתיות של הפגיעה בזכות שערך בית-המשפט המחוזי, שכן הזכות אינה קיימת כלל. לגישת בית-המשפט העליון, ההצדקה הבסיסית לדיני זכויות-יוצרים נתפסת במשפט האנגלו-אמריקאי כרצון לתת ליוצר תמריץ על-מנת לאפשר לציבור הרחב נגישות מרבית ליצירה, ומורשתם של דיגי זכויות-היוצרים הישראליים הינה מורשת זו. על-כן נקבע כי לעניין פרשנות המונח "לצרכי מסחר", אין "להוציא מקרא ידי פשוטו", ויש לפסוק כי פעילות הספרייה במקרה זה אינה מהווה פעילות לצורכי מסחר.

אגב הכרעתו זו בית-המשפט מתייחס גם לנושא ההעתקה הפרטית והתגמולים המגיעים ליוצר בגינה. כך הוא מצביע על סעיף 3 לפקודת זכות-יוצרים, שלפיו "לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטובע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות". בעניין זה מובא, כדוגמה, המשפט האמריקאי, הקובע כי המקליט הביתי, העושה כן ללא הגיעה (מוטיווציה) מסחרית ישירה או עקיפה, חסין מפני טענה של הפרת זכות-יוצרים, וזאת בין שהוא משתמש במכשיר הקלטה דיגיטלי ובין אנלוגי. האידך גיסא של ההקלטה הביתית הוא, לדברי בית-המשפט, סעיף 3ד, הקובע כי הממשלה תפצה את בעלי הזכויות על אובדנם בכך שתעביר לידיהם סכום שנתי בשיעור של 5% מהמחיר לצרכן של כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי בשנה שחלפה. לדברי השופט לוין, יש בתגמול זה כדי לאזן במשהו את הפגיעה הנגרמת ליוצרים כתוצאה מהגדרת זכותם הקניינית למנוע את ההשכרה או ההשאלה ככזו המתייחסת לפעילות לצורכי מסחר בלבד.

ג. על ספר, תקליטור ומה שביניהם

הדיון בהבדלים ובדמיון שבין ספר ותקליטור הינו רחב-יריעה ויכול להתפרש על תחומים גרתיים, כגון השוואה בין ספר מודפס לבין ספר אלקטרוני. מתמת קוצר היריעה אתמקד בהשוואה העולה ישירות מפסק-הדין, והיא ההשוואה בין ספר לבין תקליטור מוזיקה.

נראה שחלק גדול מהאוכלוסייה יסכים כי השאלתם של ספרים בספרייה שלא לצרכים מסחריים היא דבר לגיטימי גם ללא הסכמת היוצר. באיוון הקלטי הטמון בבסיסם של דיגי זכויות-יוצרים – זה שבין זכות היוצר להגנה על יצירתו וזכות הציבור לגישה אליה – הספרייה הציבורית משמשת גורם מווסת. הציבור שאין לאל ידו לקנות ספרים ולהרבות ידע ותוכמה יוכל בכל-זאת לקבל גישה אליהם, וזאת על חשבון היוצר.¹⁶ טיעון זה נראה

16 בעניין זה יש להדגיש את התפקיד החשוב שיש לספרייה במימוש זכותו הבסיסית של אדם לחינוך ולתרבות. בית-המשפט אף נותן לכך ביטוי בבג"צ 2376/01 מרכז השלטון המקומי בישראל נ' שר המדע והספורט (טרם פורסם), בציינו כי מטרתו של חוק הספריות הציבוריות הוא לשלב את הספרייה הציבורית בחינוך הלאומי תוך הכרה בכך שהיא מהווה מרכיב חיוני וחשוב במערכת החינוך והתרבות וכלי להקניית ערכי השכלה והרחבת ידע ללא עלות כספית.

בעייתי במבט ראשון, שכן מה השוני בין ספר למכונת מרצדס, לדוגמה, שגם אליה אין לחלק גדול מן הציבור גישה? ההבדל הגדול בין השניים הוא כי עלות הייצור השולית של הספר הינה אפסית, ועל-כן אין היוצר מפסיד, במובן הצר, מאי-מכירת הספר הנוסף, בעוד הציבור יכול ליהנות ממנו. משהשקיע היוצר בכתיבת הספר (וייתכן שסכום גדול וזמן רב), הסתיים עיקר שלב ההוצאות (פרט להוצאות כגון פרסום, שיווק וכו'), והפסדו העיקרי טמון בכך שגמגע ממנו רכיב הרווח שבמכירה. זה נמדד אל מול התועלת בגישת הציבור ליצירה. בדוגמת המכונת, לעומת זאת, כל יחידה מגלמת הוצאה לא-מבוטלת ביחס לעלויות הפיתוח והייצור הכוללות, ועל-כן כל יחידה שאינה נמכרת גורמת הפסד ממש.¹⁷

אולם בהסבר הנ"ל אין די להסברת הדילמה שהוצבה לעיל, שכן הספר נמכר בכל-זאת לספרייה, ולעיתים במחיר מלא, ועל-כן היצרן הרוויח על מכירתו זו. אם נחזור לדוגמת המרצדס, ניתן לחשוב על "ספרייה" של מכונות המשאילה לציבור מכונות, בדומה להשאלת ספרים, בתמורה לתשלום פעוט (ואגב, סבורני למשל שחברה, ואפילו חברת יוקרה, דוגמת מרצדס, לא תתנגד כלל וכלל לפרקטיקה זו).¹⁸ השוני בין ספרים למכונות הוא שערך של האחרונות טמון במידה רבה בשימוש קבוע וייחודי בהן על-ידי בעלים מסוים, כך שנסיעה חד-פעמית אינה משמשת תחליף נאות לבעלות במכונת יוקרה; אם אשאל את הרכב ב"ספרייה", אפיק מהשימוש רווח מסוים, אך רווח זה יהיה קטן לאין שיעור מהרווח שהייתי מפיק לו הייתי הבעלים במכונת והייתי יכול לעשות בה שימוש קבוע.¹⁹ לעומת זאת, כאשר אנו הושבים על ספרים, הרי שמכונת הקורא, קריאה של הספר שקולה, ברוב המקרים, לבעלות בו. איני קורא ספר, גם אם נכתב על-ידי חתן פרס ישראל, יותר מפעם אחת, או לכל היותר מספר מועט של פעמים.²⁰ על-כן הספרייה

17 בעניין זה נהוג להדגיש את המאפיינים של טובין ציבוריים המתקיימים במושא זכות- היוצרים: העלות הגבוהה הכרוכה ביצירת העותק הראשוני, יכולתם של אנשים רבים להשתמש ביצירה בו-זמנית, תוך יצירת עותקים בעלות נמוכה והיעדר היכולת למנוע שימוש מאחרים ללא התערבות חיצונית של המשפט. עם בעיות אלה באו דיני זכויות- היוצרים להתמודד, תוך יצירת מחסור מלאכותי, וכתוצאה מכך אפשרות להעלאת מחיר מעבר לזה הכרוך ביצירת עותק נוסף, כל זאת על-מנת לשמר את תמריצי היוצרים להמשיך ליצור.

18 פרט לבעיה של דילול השם, שכן שימוש על-ידי הרבים עלול לפגוע ביוקרת המותג ובעוצמתו אגב עמעומו (Blurring). בעניין זה, ראו למשל: T. Ahearn "Comments: Dilution by Blurring Under the Federal Trademark Dilution Act of 1995: What Is It and How Is It Shown?" 41 *Santa Clara L. Rev.* (2001) 893. נוסף על כך, מובן גם שהפרקטיקה נוהגת, לצורכי מסחר, בקרב חברות להשכרת מכונות.

19 שלא לדבר על כך שפרט לתועלת שבשימוש, המכונת הינה אף סמל סטטוס וכולי.

20 כמובן שדברים אלה נאמרים על דרך של הכללה, וטיבן של הכללות הוא שיש להן חריגים. בעניין זה ניתן לחשוב, לפחות, על שני סוגי חריגים מרכזיים. החריג הראשון מתייחס לסוג מסוים של ספרים - ספרים שנועדו מעצם טבעם לשימוש חוזר. כך, לדוגמה, ניתן לחשוב על ספרות מקצועית או על אנציקלופדיות שנוקקים להן יותר

משמשת לי למעשה תחליף הולם לרכישת המוצר עצמו, שכן קריאת הספר תחוסך ממני את קנייתו. בכך הספרייה פוגעת בכמות הספרים שימכור היוצר.²¹ אם כך, ושאלת השאלה מדוע השאלת ספרים בספרייה נתפסת כלגיטימית. נראה כי הגישה "המודרנית" שעומדת בבסיס דיני הקניין הרוחני היא כי המדינה אמורה להסתכל על טובת הציבור כמכלול. היא אמורה לאזן בין הצורך לחדש וליצור, מצד אחד, לבין היתרונות שהציבור מפיך מהשימוש ביצירות, מצד אחר. מכיוון שזכות הקניין הרוחני שהמדינה מעניקה למקבלה מהווה מעין מונופול, עליה להגבילה לטובת הציבור.²² אחת ההגבלות על זכויות היוצרים המאפשרת גישה למידע שביצירות ללא צורך ברכישתן מגולמת באפשרות לעשות שימוש במידע באמצעות הספריות הדיגיטליות.²³ אכן, השאלת הספרים בספרייה מצמצמת אומנם את רכיב הרווח ליצר, אך היא עושה זאת באופן מבוקר ומוגבל. (כמוכן שאין התאמה מלאה בין כמות ההשאלות להפסד שנגרם ליצר. שכן ברור שבהיעדר חלופה, חלק מהציבור לא היה שואל את הספרים בספרייה אך, במיוחד אם מחירם גבוה, גם לא היה רוכשם.) כך, למשל, מספר העותקים המצויים

מפעם אחת. החריג השני מתייחס לסוג מסוים של אנשים – אנשים שמפיקים הנאה מעצם ההחזקה בספר ואולי מתכוונים אף לשרד באמצעות ההחזקה בו מסר לסובבים אותם על אישיותם. פרודיה על נקודה זו ניתן למצוא במערכונם של הגששים "שוק הספרים" ("ספרים רבתי, ספרים"), פרי עטו של דן בן-אמון המנוח. דומה כי השורה "קניתי, אך טרם הספיקתי לעיין" נחרתה בזכרוננו הקולקטיבי של דור שלם. ראו רצועה מס' 10, תקליטור מס' 7 (הד ארצי). ושוב, האבחנות אינן דיכוטומיות, ויש לראותן יותר כרצף.

21 גם כאן קיימת הנחה בעייתית, שכן ייתכן שללא ההשאלה לא היה הספר נקנה, ועל-כן לא היה נגרם ליצר כל נזק משימוש הנוסף, בעוד שלמשתמש היתה צומחת תועלת ממנו. ראו: W.M. Landes & R.A. Posner "An economic Analysis of Copyright", 18 J. Legal Stud. (1989) 325.

22 בעניין זה הגישה האמריקאית היא הקיצונית ביותר, שכן, להבדיל מתפיסות שמרניות של זכות שמגיעה ליצורה מעצם בריאת היצירה, תפקיד זכות היוצרים על-פי התפיסה האמריקאית הינו תועלתני-תכליתי, ונועד, על-פי החוקה, לקדם אינטרסים ציבוריים. כך החוקה קובעת, בסעיף 81(8), כי בידיו של הקונגרס "To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries". לסקירה עברית של הרציונלים השונים העומדים בבסיס זכות היוצרים ולהצדקותיה השונות, ראו למשל ג' פסח "הבסיס העיוני להכרה בזכות יוצרים" משפטים לא (תשס"א) 359.

23 הגבלות נוספות ניתן למצוא, למשל, במסגרת הדוקטרינה של שימוש הוגן. זו באה לכלל ביטוי בדין הישראלי בסעיף 12(1)(I) לחוק זכות יוצרים, הקובע שלא יראו כהפרת זכות-יוצרים כל "טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה או תמצית עיתונאית". להרחבה בעניין זה ראו ד' לוינסון "ההגנה של 'שימוש הוגן' בזכויות יוצרים" משפטים טו (תשמ"ו) 430.

להשאלה בספרייה מצומצם. מסיבה זו יש להמתין בתור, ולעיתים זמן רב, על-מנת לשואלם. בתום השימוש הספר מוחזר לספרייה ואינו נשאר ברשות הקורא. העיון בספר מוגבל לעיתים לשטח הספרייה עצמה או שהוא מוגבל במספר מצומצם של ימים. כלומר, הציבור שאינו חפץ לקנות את הספר (או שידו אינה משגת לעשות כן) מקבל גישה אליו, אך באופן פחות נוח מאשר לו רכש עותק מהספר עצמו. בכך יש גם היגיון: לו היתה השאלת הספר בספרייה תחליף *זהה* לקניית היצירה עצמה (ובאומרי תחליף *זהה*, אני מתכוון, בין היתר, לכלול את הרכיבים של זמן ההמתנה, זמן ההשאלה, מספר העותקים, מצבם הפיזי של הספרים, מיקומה של הספרייה בעיר, שעות פתיחתה ועוד), לא היתה לציבור סיבה לקנות את הספר בחנות, והיוצר לא היה מוכר די הצורך יחידות מהיצירה. בשל כך לא היה היוצר מחזיר לעצמו את השקעותיו הראשוניות, ותמריצו ליצור היו מתרדלים מלכתחילה עד לרמה שבה כמות הספרים היתה מצטמצמת עד מאוד, והחברה כולה היתה יוצאת נפגעת. דברים אלה נכונים באופן כללי, אך הם נכונים בעיקר לשוק קטן ומוגבל של רוכשים. כך, למשל, סופר ישראלי אינו יכול לשווק את ספרו (פרט למקרים שמדובר בהם בספר מצליח המתורגם לשפה זרה) מעבר לשוק המקומי של דוברי השפה העברית, ועל-כן הוא חשוף לבעיה גדולה יותר מזו של סופר בשפה האנגלית היכול למכור עותקים רבים יותר מספרו גם מחוץ למדינתו.²⁴

ומכאן לתקליטורים. אם לגבי ספרים האינטואיציה מכוונת לכיוון אחד, הרי שלגבי תקליטורים נראה שהאינטואיציה מכוונת לכיוון שונה, ונשאלת השאלה מדוע. מהו ההבדל בין ספר לבין תקליטור העושה את השאלת התקליטור בעייתית יותר? מצד אחד ניתן לגרוס כי לתקליטור ולספר מאפיינים רבים דומים. גם בתקליטור ההשקעה העיקרית היא הראשונית, והעלות של יצירת עותק נוסף ממנו על-ידי היוצר זניחה. גם התקליטור יכול להימכר לספרייה במחיר מלא, וגם לגביו ניתן להחיל אותם עקרונות באשר למספר העותקים הנמצאים בספרייה, זמן המתנה, זמן השאלה וכדומה. לא רק זאת, אף זאת: במידה מסוימת, התקליטור נמצא בעמדה טובה יותר מהספר לעניין ההשאלה, וזאת מנקודת-הראות של ההפסד שנגרם ליוצר, ובכך הוא דומה יותר לדוגמת המרצדס. להבדיל מספר ובדומה למרצדס, השימוש בתקליטור לשמיעת מוזיקה אינו חד-פעמי בדרך-כלל. אדם אינו רוכש תקליטור על-מנת לשמוע אותו פעם אחת או מספר מצומצם של פעמים, אלא על-מנת לנגנו מספר רב של פעמים בפרקי-זמן שונים. על-כן, השאלת התקליטור מן הספרייה אינה שקולה לרכישת תקליטור בחנות, ולכן ניתן להניח שההפסד

24 סין יכולה לשמש דוגמה טובה בעניין זה. שם, שיעור ההענקות הפירטיות גבוה במיוחד. הנסיונות לפתח "טלנטים" מקומיים בתחומי המוזיקה עלו בתוהו שכן ההענקות הפירטיות מנעו כל רווח מהמכירות. בעניין זה נאמר כי "There's no point in spending money to drive demand," says Samuel Chou, Warner Music's CEO for L. Grossman; ראו: "China and Taiwan, "because what you drive all goes to piracy" "It's All Free!; Music! Movies! TV shows! Millions of people download them every day. Is digital piracy killing the entertainment industry?" *The Time Magazin* 5.5.03

ליוצר בגין השאלת תקליטורים קטן יותר.²⁵ להבדיל מדוגמת הספר ואף-על-פי שמדובר במוצר זהה לזה שנמכר בחנות, השאלת התקליטור אינה משמשת ברוב המקרים תחליף מלא לרכישתו בחנות. על-כן יישארו עדיין לציבור הרחב תמריצים רבים יותר לרכוש את המוצר, ולא לשואלו, והנוק ליוצר כתוצאה מן האפשרות לשאלת התקליטור בספרייה יהיה קטן.

לכאורה, יש בטיעון זה כדי לשכנע שהמקרה של השאלת תקליטור מוצדק על דרך של קל וחומר.²⁶ אולם ההבדל הגדול בין תקליטור לבין מרצדס הוא שהמאזין, בלחיצה על כפתור ובעלות אפסית,²⁷ יכול ליצור לעצמו "מרצדס" גוספת, להשאיר בביתו לשימוש הקבוע ולהחזיר את "המרצדס המקורית" לספרייה. הספרייה יכולה אומנם לבקש מהשואל לא לעשות כן – בין באמצעות חוזה ובין באמצעות פנייה לאינטואיציות המוסריות שלו – אך אין ביכולתה לאכוף בקשה זו בפועל. מתן גישה למספר גדול של תקליטורים למספר גדול של אנשים יביא לידי כך שמשמשים רבים (אם לא רובם המכריע) ישאלו תקליטור מן הספרייה, יעתיקו לעצמם עותקים "לשימוש ביתי" או למטרות "ארכיוניות", והנוק ליוצרי התקליטורים יהיה גדול, במיוחד לגובה העובדה שהעותק הביתי שנוצר זהה לעותק המקורי בכל דבר ועניין.²⁸

אומנם מדובר בטיעון משכנע נגד השאלת התקליטורים, אך אל לנו להשתכנע בקלות-יתר. הטענה הנגדית היא שגם אם התקליטור מועתק, אין הוא שונה בצורה משמעותית מספר, וזאת משתי סיבות עיקריות. האחת, שהעתקת התקליטור השוותה בינו לבין הספר לעניין הפגיעה ביוצר. ראינו כי הספר המושאל היה מלכתחילה תחליף טוב לספר הנמכר בחנות, ועתה יהיה גם התקליטור תחליף טוב. מכיוון שניתן להניח כי לפחות חלק מן השואלים ייעתרו לבקשת הספרייה (אם תבקשו) ולא יעתיקו את התקליטורים, הפגיעה

25 אם נניח, לצורך הדוגמה בלבד, כי מחירו של תקליטור בחנות הוא כ-100 שקלים, וכי בממוצע אדם שומע אותו כעשר פעמים, הרי ש"המחיר" לשמיעה אחת עומד על 10 שקלים, וזה גם ההפסד הרעיוני שנגרם ליוצר עם כל השאלה של התקליטור בספרייה. כך, למשל, אדם ששמע את התקליטור בספרייה ואהב אותו יכול לאחר-מכן להחליט לרכוש את התקליטור בחנות על-מנת לשומעו לעיתים תכופות יותר. כך, גם אדם שירצה מראש לשמוע את התקליטור יותר מפעם אחת יקנה אותו בחנות, ולא ישאל אותו בספרייה.

26 וייתכן שזו צריכה להיות הגישה ביחס למתן אפשרות לשמיעת תקליטורים בספרייה, בדומה לזכות העיון בספרים בספרייה. עם זאת יש לשים-לב כי זכות העיון בספרייה מטילה מגבלות נוספות על השימוש בספר, כגון העובדה שאיני יכול לקרוא בו בשעות הנוחות לי, במקומות הנוחים לי ועוד.

27 עלות יצירתו של העותק הנוסף מהתקליטור לשואל (כפי שהיא ליצרן) הינה אפסית: במחיר של שקל אחד או אף פחות מכך ובזמן של פחות מחמש דקות השואל יוצר לעצמו עותק נוסף מהתקליטור.

28 ואם מישוהו יטען כי האריזה שונה – גם אותה ניתן לסרוק. נוסף לכך קיימות תוכנות שמורידות מהרשת את העטיפה ורשימת השירים ומאפשרות את הרפסתן בכל מרפסת ביתית.

הכוללת ביוצר בשל השכרת התקליטור קטנה עדיין מזו הנגרמת בשל השאלת הספר. הסיבה האחרת היא כי בדומה לתקליטור, ניתן להעתיק גם ספר, ולא בעלות גדולה מדי או בהשקעה של זמן רב מדי, ועל-כן אין להתייחס אל שני המקרים – זה של הספר וזה של התקליטור – בצורה שונה, ואם מאפשרים השאלת האחד, יש לאפשר גם את השאלת האחר.

אולם בחינה מעמיקה של הנסיבות תראה שלא ניתן לגזור דין שווה בין הספר לתקליטור. ההבדל המשמעותי בין השניים הוא בקלות יצירת העותקים, בטיב ההעתיקים שנוצרים ובתמריצים ליצירתם. העתקת הספר כרוכה אומנם בעלות שאינה גבוהה, אך גם זו אינה פעוטת-ערך,²⁹ וברוב המקרים, אם קראתי בספר, די לי בכך ואין ברצוני ליצור ממנו עותקים נוספים. זאת ועוד, ההעתק שאצור מהספר לא יהיה מושלם. (לכל היותר אקבל חבילה כרוכה של דפים שתדמה אומנם לספר בצורה זו או אחרת, אך תהיה נוחה פחות לשימוש.) בהיעדר תמריצים ליצור העתק ובהינתן העלות, הסיכוי ליצירת עותקים נוספים מספר לשימוש אישי הוא קטן.³⁰ באשר לתקליטור, לעומת זאת, המצב שונה. המתיר הכרוך ביצירת עותק נוסף מן התקליטור זניח,³¹ ההעתק הינו מושלם וקיים תמריץ להעתיקו, שכן ברצוני לשמוע אותו פעמים מספר. על-כן הסיכוי ליצירת עותקים מן התקליטור גדול.³² אך בכך בלבד, כאמור, אין די להטלת מגבלות על ההשאלה, שכן גם בהינתן ההעתיקה, הפגיעה היחסית ביוצר שקולה לזו שבהשאלת ספר.

על-מנת להבין מדוע ההפסד שצפוי ליוצר במקרה של התקליטור גדול בהרבה מן ההפסד שצפוי לו במקרה של הספר, יש להתבונן בפריטים השונים מנקודת-הראות של ההיצע. במקרה של הספר ההיצע מוגבל (כמות הספרים המצויה להשאלה בספרייה), וסביר להניח שיישאר כזה, שכן לשואלים אין תמריצים להעתיק, וההעתיקים אינם זהים וכרוכים בעלות. לעומת זאת, במקרה של התקליטור ההיצע יגדל באופן אקספוננציאלי, שכן ההעתיקים שנוצרו ייחפכו ל"מקורות" חדשים. מדוע לי להמתין לשאל עותק מהספרייה כאשר אני יכול להעתיק את התקליטור מחבר ששאל אותו מהספרייה.³³ כך אקצר לעצמי

29 הישבו רק על עלות הצילום של ספר בן כמה מאות עמודים, שלא לדבר על הזמן הכרוך בהעתיקה זו.

30 אם כי יש להבחין לעניין זה בין סוגי ספרים שונים – פרוזה וכיוצא בזה מחד גיסא וספרי עיון ולימוד מאידך גיסא.

31 עלותו של תקליטור ריק הינה כשקל אחד. בעניין זה חשוב לציין שהתפתחות הטכנולוגיה בשנים האחרונות היתה מואצת. בעוד שבשנת 1996 היו האפשרויות להעתיק מוגבלות, כיום, בבתי-אב רבים, ניתן למצוא את האמצעים הדרושים לצורכי ההעתיקה הביתית, ולרוב הציבור יש גישה לאמצעים אלה.

32 בעניין זה, ראו למשל: K. Bonamici "Are Libraries the Next Napster" *The Time Magazine* 24.7.01.

33 הסיכוי שבידו של החבר יהיה מצוי עותק הוא גדול, שכן ראינו כי מלכתחילה, אף מבלי להביא בחשבון את ה"טובה" שיעשה לחבריו, תמריציו של החבר ליצור עותק לעצמו רכים. בעניין זה, ראו הדברים הבאים: "This dispersion of copying technology creates the potential for widespread private copying, enabling ordinary

את זמן ההמתנה, לא אתחייב כלפי הספרייה בשום דבר ועניין (וגם אחסוך את התשלום בעבור המנוי), ואקבל עותק הוזה בכל דבר ועניין לעותק שאני יכול לקנות בחנות.³⁴ מעגל זה הוא מעגל-קסמים העלול להגדיל את הגישה לתקליטורים באופן משמעותי. הדברים נכונים במיוחד כאשר הדין הוא (וכפי שנראה, כך עולה מהחלטת בית-המשפט) כי העתקה ביתית של תקליטור שלא לצורכי מסחר הינה חוקית. הממ... הבה נראה: עותק של התקליטור החדש של Eminem בעלות של שקל אחד, היום וללא המתנה, מול קנייתו בעלות של כ-100 שקלים - היש למישהו ספק מה תהיה ההחלטה? מדוע לקנות תקליטורים בחנויות? אכן, בית-המשפט עצמו מפנה לפרקטיקה שרווחה בארצות-הברית כראשית שנות השמונים, שם השכירו חנויות שהתמחו בכך תקליטורים לפרק-זמן קצוב, פעמים תוך שמכרו יחד עמם קלטות ריקות. פרקטיקה זאת רווחה עד לתיקון חוק זכויות-יוצרים האמריקאי, שקבע כי אין להשכיר או להשאיל תקליטורים למטרה של השגת יתרון מסחרי ישיר או עקיף, וכי מעשה כזה מהווה הפרה של זכות-יוצרים אם נעשה ללא הרשאה מאת בעל הזכות. כאשר ההעתקה העצמית לשימוש ביתי מותרת מכוח חוק, טענתי היא שרק הגישה לחומרים שניתן להעתיקם היא שמרסנת את הציבור. בהינתן גישה נוחה, תגדל כמות ההעתיקות באופן דרמטי, ובהתאם תפחת כמות היצירות הנרכשות.³⁵

consumers to copy a work for themselves rather than pay for an authorized copy. Although individually trivial, widespread private copying in the aggregate could radically reduce the incentive to create any given work of authorship. Moreover, in the face of widespread private copying, copyright's traditional approach of direct legal action against each individual infringer would likely prove ineffective. Lawsuits against each individual private copier would become prohibitively expensive and politically unwise. Digital technology therefore presents a potentially serious, and otherwise unchecked, threat to the incentives thought necessary to ensure a continuing supply of creative works." G.S. Lunney, Jr. "The Death Of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and The Digital Millennium Copyright Act" 87 *Va. L. Rev.* (2001) 813, 818

34 אם כי ראוי לציין שגם עלות ההעתקה של ספר, במובן הרחב, פוחתת כאשר היא מתבצעת על-ידי צילום: למשל, האפשרות "להריץ" את הדפים.

35 האינטרנט הוא דוגמה טובה לכך, וזאת לנוכח האפשרות להוריד עותקים פירטיים מן הרשת באמצעות תוכנות שותפה למיניהן, דוגמת Kazaa ואחרות. הנתונים בעניין זה מדאיגים. כך, סקרים שנערכו בארצות-הברית מעידים על ירידה משמעותית במכירות בשנים האחרונות. בעוד שבשנת 2001 נמכרו 712 מיליון אלבומים, נמכרו בשנת 2002 680 מיליון אלבומים בלבד. זאת ועוד, ברבע הראשון של שנת 2003 נרשמה ירידה של 15 מיליון אלבומים בהשוואה לרבע המקביל אשתקד. חלק מן הירידה ניתן לייחס למיתון הכלכלי, אך קשה לא לייחס חלק גדול ממנה ל"סחר" בעותקים הפירטיים; זאת במיוחד לנוכח העובדה שמשנת 2001 עד שנת 2002, בניגוד למגמה של צמצום במכירת התקליטורים, חלה עלייה של 40% במכירת התקליטורים הריקים המשמשים להקלטה, והמספר הכולל שנמכר מהם עמד על 1.7 מיליארד. בעניין זה, ראו: Grossman, *supra*.

חוק זכות-יוצרים ופקודת זכות-יוצרים, כפי שהתפרשו בפסיקתו של בית-המשפט בעניין עיריית חולון, ואף התיקון לחוק שהוכנס בעקבות פסק-הדין המחוייב אותו עניין, מקרבים אותנו עד מאוד למצב המתואר לעיל. אכן, וכפי שבית-המשפט מוצא לנכון לציין, הפרקטיקה של השאלת מדיה דיגיטלית רווחת גם במקומות אחרים בעולם. ואולם, ההבדל הגדול בין מדינת-ישראל לבין אותן מדינות הוא בהיקף הנלווית, המרסנת את הגדלת ההיצע, כמו גם בתרבות השונה של חברות אלה והכרתן בערך של זכות-יוצרים. האמירה כי בישראל יש תקליטור מקורי אחד מכל יצירה וכל היתר מועתקים שגורה בפי הציבור הרחב ומעידה על היעדר הסמים ליצור העתקים מהיצירה המקורית.³⁶ הגדלת ההיצע ומתן גישה לציבור לאלפי יצירות, כמו גם מתן לגיטימציה חוקית ומשפטית להצטקות פרטיות – כפי שעלול להתפרש מפסק-הדין בעניין עיריית חולון, עלולים להחזיר את ישראל, הנלחמת זה שנים רבות נגד הפרות זכויות-יוצרים בפן המסחרי, עשרות שנים לאחור, ולגרור בעקבותיהם סנקציות כלכליות והגבלות סחר.

ד. הגדרת תקליטור כקלטת

כאשר ניסח המחוקק את התיקון לפקודת זכות-יוצרים בדבר הגדרת קלטת והשכרתה, לא היתה ההקלטה הדיגיטלית שכיחה בארץ. לדברים אלה יש חשיבות, שכן ההקלטה האנלוגית אינה מציבה לפני היוצר בעיות דומות לאלה שההקלטה הדיגיטלית מציבה.³⁷

24 note; הגישה למוזיקה באינטרנט מוגבלת כיום ואינה נוחה כמו במקרה של תקליטורים, הן מבחינת כמות השירים וסוגם, והן מבחינת נוחות השימוש, רוחב פס הגישה, החיסכון בזמן הורדה וכו'. יחד עם זאת, פוטנציאל ההפרות הטמון ברשת גדול עד מאוד, במיוחד לאור הפרשנות שנגקטה על-ידי בית-המשפט. בעניין זה ראו: *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster LTD.* 259 F. Supp. 2d 1029 (2003). על השלכות הפסיקה של בית-המשפט על ההצטקה וההורדה מהרשת ראו להלן בפרק הסיכום.

36 מראיון שנערך עם מר רוני בראון, יושב-ראש הפדרציה של תעשיית המוזיקה ומבעליה של חברת הליקון, עולה כי 50% עד 60% ממכירות התקליטורים בישראל הן מכירות פירטיות, וכי מדובר בתעשייה מסודרת המעתיקה אלפי תקליטורים ומוכרת אותם בראש-חוצות. ראו ד' גולדמן "בישראל הפיראטים אחראים לשליש מהתנועה באינטרנט" ידיעות אחרונות (המוסף לשבת) 23.5.03, 20. באותה כתבה גורס גולדמן כי המשטרה מסכימה עם קביעותיו של בראון, וכי "נעשות בארץ הפרות בוטות של סחר בתוכנות פיראטיות, בתקליטורים של משהקי מחשב ובכתרי מוסיקה..."

37 "Digital technology has fundamentally altered the landscape. In the face of widespread private copying, copyright's traditional approach of direct legal action against the individual copier, while sensible in the last millennium, has become increasingly unworkable. When the copiers number in the millions, it is simply impractical to attempt to control their behavior through lawsuits directed at each individual. While copyright's traditional approach will remain important

בהקלטה אנלוגית נהוג לדבר על "דורות". גם אם אשתמש בקלטת משובחת, איכות ההקלטה מהתקליטור לא תהיה זהה למקור. זאת ועוד, ככל שיחלוף זמן רב יותר ממועד ההקלטה, כן איכותה אף תפחת.³⁸ מעבר לכך, ההקלטה האנלוגית אינה נהנית מנוחות השימוש הקיימת במכשיר דיגיטלי, כגון דילוג על שירים, מציאתם במהירות וכולי. אותן תכונות של ההקלטה האנלוגית חלות גם לגבי הקלטה מהקלטה. כל הקלטה נוספת מהקלטת המועתקת מפחיתה את האיכות עוד יותר, שכן הפעם כבר מדובר ב"דור חדש". עלי-כן, בהינתן ההקלטה האנלוגית, הסכנה לעליית ההיצע הדומה באיכותו למקור קטנה. במילים אחרות, אם נמכר תקליטור אחד, הוא יהיה המקור היחיד שממנו יהיה ניתן לעשות העתקים, אך באיכות ירודה. יהיה ניתן אף ליצור העתקים מן ההעתקים, אך אלה יהיו באיכות גרועה עוד יותר.

ההקלטה הדיגיטלית שינתה את פני הדברים, יש אומרים מקצה אל קצה. כיום, באמצעות הטכנולוגיה הדיגיטלית החדשה, ניתן להקליט העתק זהה למקור. מכיוון שתהליך ההעתקה פשוט וזול, ניתן ליצור מתקליטור אחד אין-סוף תקליטורים זהים. הבעיה מוחרפת משמעותית לנוכח העובדה שמכל אחד מן ההעתקים ניתן ליצור עותק נוסף מבלי לפגוע באיכות, וכן הלאה. הבעיה שנלווית לכך היא כי העתקים אלה נעשים לצרכים פרטיים בבתים רבים, ועל-כן קיים קושי אמיתי לאכוף את חוקי זכויות-היוצרים ולמנוע את התופעה. התוצאה היא שההיצע גדל משמעותית, והשאלה אם ייווצרו עותקים תלויה במספר מצומצם של פרמטרים, וביניהם נוחות הגישה למקור או להעתקים ממנו, השאלה אם העתקה כזו מותרת וחוקית ואם החוק נאכף ברמת המשתמש הביתי.

על-מנת להתמודד עם התופעה שתוארה לעיל, חוקקו מדינות רבות בעולם חוקים שנועדו לצמצם את ההיצע הרב שעלול להיווצר ולהפחית את כמות ההעתקות הפוטנציאליות. המדינה שהסדירה זאת בצורה המקיפה אולי ביותר, ויש אומרים בצורה מקיפה מדי,³⁹ היא ארצות-הברית. בשנת 1992 נחקק בארצות-הברית חוק הקרוי AHRA.⁴⁰ חוק זה הוא פרי פשרה בין תעשיית המוזיקה לבין המדינה והציבור, והוא נועד להסדיר את נושא ההעתקות הדיגיטליות הביתיות. השורה התחתונה היא, כפי שגם בית-המשפט מצוין בעניין עיריית חולון, כי החוק אכן מאפשר הקלטה ביתית של יצירות על-ידי המשתמש הסופי ואף מקנה לה חסינות בין שהיא נעשית במכשיר דיגיטלי ובין באנלוגי,⁴¹

for protecting non-digital works and for controlling traditional forms of infringement, addressing widespread private copying will require a different approach. For that reason, the methods of protection of creative works in a digital environment need to change." Lunney, Jr., *supra* note 33, at p. 918.

38 זאת מבלי שנעשה דבר וכפונקציה של הזמן שחלף ממועד ההקלטה.

39 Lunney, Jr., *supra* note 33, at p. 819.

40 Audio Home Recording Act of 1992, P. L. No. 102-563, 106 Stat. 4237 (להלן: AHRA).

41 AHRA.

42 לפני חקיקת החוק בארצות-הברית היתה מחלוקת באשר לשאלה אם ההעתקה הביתית מפרה את זכותו של היוצר ליצור עותקים מהיצירה ואם היא נכנסת לגדר ההגדרה של שימוש הוגן. בעניין זה ראו: M.B. Nimmer & D. Nimmer *Nimmer on Copyright*

ובלבד שהשימוש לא יהיה מסחרי.⁴² אולם חוק זה פועל בכמה מישורים נוספים. המישור האחד, שגם בית המשפט מפנה אליו, הוא המישור של פיצוי היוצר בגין העתקות אלה.⁴³ אולם מישור אחר, חשוב לא פחות, הוא מנגנון של ניהול דורות והגבלתם.⁴⁴ ה-AHRA

(Matthew Bender & Company at LexisNexis Authority On-Demand, 2003, Vol II)

.Chapter 8B – Audio Home Recording §8B.01 A–D

42 בארצות־הברית היתה מחלוקת לעניין מרחב המחיה של חוק ה-AHRA, בעיקר באשר ליישום ביחס להקלטות על־ידי מחשבים ומהם ושמירה של מוזיקה על דיסקים קשיחים. נכון לימים אלה ההלכה היא שהמחשב אינו בבחינת מכשיר הקלטה, ועל־כן אינו מחויב במנגנון של ניהול דורות. הגדרת החוק לגבי ההקלטה הביתית חלה רק על מכשירים המשמשים בעיקרם לניגון ושעתוק של מוזיקה. דברי הסנט בעניין זה הינם: "if the 'primary purpose' of the recording function is to make objects other than digital audio copied recordings, then the machine or device is not a 'digital audio recording device,' even if the machine or device is technically capable of making such recordings". S. Rep. No. 102-294, at 47-48 (1992). כמו־כן נאמר ב: 180 F.3d 1072 (1999) (להלן: עניין *Diamond Multimedia Sys. v. Recording Indus. Ass'n of Am.*) "the definition only extends to the material objects in which songs are normally fixed: 'that is recorded compact discs, digital audio tapes, audio cassettes, long-playing albums, digital compact cassettes, and mini-discs.' ...There are simply no grounds in either the plain language of the definition or in the legislative history for interpreting the term 'digital musical recording' to include songs fixed on computer hard drives. בהגדרות אלה ובפרשנותן על־ידי בית־המשפט טמונים יתרונות וחסרונות לאנשי התעשייה כמו גם למעתיקים הפרטיים. מן הצד האחד, העובדה שהמחשב אינו בבחינת מכשיר הקלטה מאפשרת לא לצייד אותו במנגנון כלשהו של ניהול דורות, ומקילה על יצירת עותקים מן העותקים. מן הצד האחר, העובדה שהמחשב אינו נחשב למכשיר הקלטה מוציאה אותו מגדר החסינות שהחוק מעניק וחושפת את המעתיק למגבלות הרגילות של שימוש הוגן, שהינן מחמירות יותר מן־הסתם. (הדיון באשר להיקף של תחולת החוק נערך לא רק לגבי מחשבים, אלא גם לגבי מכשירים ניידים דוגמת ה"ריו" המאפשר טעינה של שירים מן המחשב.)

43 בעניין זה ראו סעיף 1004 ל: AHRA, *supra* note 40.

44 בעניין זה ראו ההסבר הבא: SCMS – Serial Copy Management System (SCMS) prevents the illegal production of multiple generations of digital copies from a copyright-protected original. Making a single copy for personal use by owners of the Digital Audio Home Recorders is permitted. The SCMS status of an original is indicated by a copy bit which is present on an original CD and is placed on a recording at a frequency of 75 frames per second. For originals which are subject to copyright protection, the copy bit is continuously 'on' (high

מחייב ליצור באופן טכני – ככל מכשיר שמיוצר, מיובא או נמכר בארצות-הברית ובכל מדיום – מנגנון של ניהול דורות. מנגנון זה מקנה ליוצר אפשרות לדאוג לכך שיהיה ניתן לבצע העתקות דיגיטליות אך ורק מהמקור, ולא מהעתק.⁴⁵ החוק אף דואג לאסור שיבוש של מנגנון הדורות, בין באופן עצמאי ובין באמצעות ייבוא או ייצור של מכשירים המסוגלים לעשות זאת, ואף מגבה זאת באמצעות סנקציות אזרחיות.⁴⁶ על-כן היצע ההעתקות מצטמצם באופן משמעותי לנוכח העובדה שיש צורך בגישה אל המקור לשם יצירת עותק בלתי-חוקי.

זאת ועוד, המחוקק האמריקאי הרחיב אף יותר בחוקקו את ה-DMCA,⁴⁷ המטיל מגבלות נוספות על ההעתקה.⁴⁸ חוק זה, שחוקק בשנת 1998 ונועד להביא לכלל ביטוי את

state). For so-called 'copy free' discs, to which no copyright restrictions apply, the copy bit is continuously 'off' (low state). For an original which has itself been copied from a copyright-protected original, the copy bit is toggled every 5 frames between 'on' and 'off' (high and low states). SCMS distinguishes between three possible copying situations, and provides appropriate copying strategies in each case: copyright-free originals: copy bit continuously 'off' (low state). No restrictions on copying. A copy is also recorded with copy bit continuously 'off'. Normal copyright-protected commercial CDs and all analogue originals: copy bit continuously 'on' (high state). A single copy is allowed to be made for personal use only. A copy is recorded with copy bit that toggles every 5 frames between 'on' and 'off' (high and low states). The copy is an SCMS original. SCMS originals, i.e. copies of copyright-protected originals: copy bit toggles every 5 frames between 'on' and 'off' (high and low states). No further digital copying is allowed. http://www.mitsuidrstore.com/SCMS_nh.html; ראו: [30.5.03].

45 ראו סעיף 1002 ל: AHRA, *supra* note 40. כמו-כן ראו את הדברים הבאים: "SCMS would permit direct, digital-to-digital copying of digital recordings and broadcasts, but not digital-to-digital copies of these copies." "The system would thereby limit digital reproduction to copying directly from the original source tape." N.E. Sciorra "Self-Help & Contributory Infringement: The Law and Legal Thought Behind A Little 'BLACK-BOX'" 11 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* (1993) 905, 924.

46 ראו סעיף 1009 ל: AHRA, *ibid*.

47 Digital Millennium Copyright Act of 1998, P. L. No. 105-304, 112 Stat. 2860 (להלן: DMCA).

48 הסעיפים הרלוונטיים לענייננו הם למעשה שלושה. הראשון, 1201(a)(1)(A), מכונה "the anti-circumvention provision, על-פי סעיף זה: "No person shall circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under

this title... השני, 1201(a)(2), מכונה the anti-trafficking provision. סעיף זה מונע הפצה של טכנולוגיה אשר תאפשר לאחרים להתגבר על חסימת הגישה ליצירה המוגנת ובכך לפגוע בהגנה ששולבה על-ידי בעל זכות-היוצרים. על פי סעיף זה: "No person shall manufacture, import, offer to the public, provide, or otherwise traffic in any technology, product, service, device, component, or part thereof, that – that – (A) is primarily designed or produced for the purpose of circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; (B) has only limited commercially significant purpose or use other than to circumvent a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title; or (C) is marketed by that person or another acting in concert with that person with that person's knowledge for use in circumventing a technological measure that effectively controls access to a work protected under this title". המחוקק אף טורח להגדיר ביחס לשני סעיפים אלה מהו אמצעי הגנה שנקט בעל זכות-היוצרים ומהו אמצעי העוקף אותו: "As used in this subsection – (A) to 'circumvent a technological measure' means to descramble a scrambled work, to decrypt an encrypted work, or otherwise to avoid, bypass, remove, deactivate, or impair a technological measure, without the authority of the copyright owner; and (B) a technological measure 'effectively controls the access to a work' if the measure, in the ordinary course of its operation, requires the application of information, or a process or a treatment, with the authority of the copyright owner, to gain access to the work". הסעיף השלישי, 1201(b)(1), מכונה אף הוא the anti-trafficking provision, אולם להבדיל מהסעיף השני, העוסק באיסור הפצה של אמצעי המאפשר עקיפה של אמצעי מיגון המונעים גישה ליצירה, סעיף זה אוסר על הפצתם של אמצעים המאפשרים עקיפה של אמצעי מיגון המגינים על זכויות היוצר (וביניהם הזכות ליצור עותקים/העתקים מהיצירה). ובלשון הסעיף: "circumventing protection afforded by a technological measure that effectively protects a right of a copyright owner under this title in a work or a portion thereof". גם כאן המחוקק טורח על הגדרת המונחים: – (A) to 'circumvent protection afforded by a technological measure' means avoiding, bypassing, removing, deactivating, or otherwise impairing a technological measure; and (B) a technological measure 'effectively protects a right of a copyright owner under this title' if the measure, in the ordinary course of its operation, prevents, restricts, or otherwise limits the exercise of a right of a copyright owner under this title". בין יתר הזכויות המוגנות במסגרת סעיף 1201(b)(1) מצויה גם הזכות ליצור עותקים מהיצירה וכן זכויות נוספות. בעניין זה, ראו גם: (2001) 273 F.3d 429, 441 *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, (להלן: עניין Corley).

ההסכמות שהושגו⁴⁹ על-ידי המדינות החתומות על ה-WIPO Treaty⁵⁰, חיוק את מעמדו של בעל זכות-היוצרים בכל הקשור לאמצעי הגנה שהוא נוקט בהם על-מנת למנוע גישה ליצירה, למנוע יצירת העתקים ממנה ללא הסכמתו או לפגוע בזכות אחרת שלו.⁵¹ זאת, בין היתר, לנוכח הצורך שראה הקונגרס להתמודד עם בעיות אכיפה שהיוצר נתקל בהן בעידן הדיגיטלי.⁵² הגישה של המחוקק האמריקאי היתה כי העידן הדיגיטלי, כמו גם האינטרנט, משנים את האיזון הבסיסי והעדין שהיה קיים בבסיסם של דיני זכויות-היוצרים. הרחבת הגישה ליצירות, כמו גם הוזלת העלות של יצירת עותקים לא-חוקיים, עוררו בעיות חדשות הקשורות לא רק ליצירת העתקות המפרות זכויות-יוצרים, אלא אף להפצתן. על-כן רצה המחוקק האמריקאי להכניס בחוק זכויות-יוצרים שינויים כדי להתאימו לעולם החדש המתפתח. הסעיפים הרלוונטיים בחוק לענייננו אינם מתמקדים ביצירה עצמה, אלא במעטפת שלה. על-פי ה-DMCA, פגיעה במעטפת, הגם שאינה פוגעת בהכרח בזכויות ביצירה במובן המסורתי של דיני זכויות-יוצרים, הינה מעשה אסור

49 לגישה ביקורתית של הסכמות אלה, ראו למשל: P. Samuelson "The Copyright Grab" Wired 4.01 (1996) http://www.wired.com/wired/archive/4.01/white.paper_pr.html [10.6.03] כמו-כן ראו: J. Litman *Digital Copyright: Protecting Intellectual Property on the Internet* (2001).

50 DMCA was enacted in 1998 to implement the World Intellectual Property Organization Copyright Treaty ("WIPO Treaty"), which requires contracting parties to "provide adequate legal protection and effective legal remedies against the circumvention of effective technological measures that are used by authors in connection with the exercise of their rights under this Treaty or the Berne Convention and that restrict acts, in respect of their works, which are not authorized by the authors concerned or permitted by law." WIPO Treaty, Apr. 12, 1997, art. 11, S. Treaty Doc. No. 105-17 (1997) *supra* note 48, at p. 440.

51 החוק אף טיפל בכמה עניינים חשובים נוספים החורגים מגדר הדיון הנוכחי, וביניהם מתן מקלט מבטחים לספקים של שירותי אינטרנט אם יעמדו בכמה תנאים מוקדמים. בעניין זה ראו למשל סעיף (a), (b), (c), (d) 512 לחוק זכויות-יוצרים האמריקאי 17 USC §512.

52 הקונגרס היה מודע לצורך בשינויים אף לפני אמנה זו, ובוודאי אחריה, והקדיש לכך שעות דיון רבות. בעניין זה, ראו: WIPO Copyright Treaties Implementation Act and Online Copyright Liability Limitation Act: Hearing on H.R. 2281 and H.R. 2280 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary, 105th Cong. (1997); NII Copyright Protection Act of 1995: Hearings on H.R. 2441 Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary, 104th Cong. (1996); NII Copyright Protection Act of 1995: Joint Hearing on H.R. 2441 and S. 1284

שניתן בגיבו סעד אזרחי ואף פלילי.⁵³ יש בכך כדי לצמצם עד מאוד את ההיצע שעומד לשם יצירת יצירות מפרות. על-מנת להבין את פעולת החוק ניתן לחשוב על תמונה (יצירה) שהושמה במעטפה (מעטפת היצירה) על-ידי בעל זכות-היוצרים. החוק אוסר לנסות לפתוח את המעטפה או לספק לאחרים כלים על-מנת לעשות זאת ללא קבלת רשות מבעל זכות-היוצרים, על-מנת למנוע מהציבור הרחב גישה ליצירה, אפשרות להעתיקה או אפשרות לפגוע בזכויות אחרות של היוצר. המעטפה שהוזכרה לעיל הינה אמצעי ההגנה הטכנולוגיים המשולבים ביצירה על-ידי היוצר. כך, אם היוצר משווק יצירה המכילה אמצעי הגנה המונעים את העתקה או שוללים גישה למידע ממי שאינו מורשה לכך, עצם פיצוח ההגנה, גם אם לא הופרה זכות-היוצרים ביצירה, מהווה עברה על החוק. בתי-המשפט בארצות-הברית, בפרשם את החוק, הגיעו למסקנה כי לפחות ביחס ליצירת עותקים פרטיים, אגב פיצוח ההגנה שהושמה על-ידי היוצר, אין להזדקק להגנת השימוש ההוגן המסורתית, שכן החוק קובע איזון חדש.⁵⁴ בכך חוזק עוד יותר מעמדו של בעל זכות-היוצרים, שכן החוק מאפשר אומנם מספר מסוים של חריגים לאיסורים הקבועים בו, כגון הנדסה חוזרת,⁵⁵ מחקר למטרות הצפנה,⁵⁶ מחקר למטרות אבטחה⁵⁷ ואפשרויות גישה מוגבלות של ספריות ומוסדות לימוד,⁵⁸ אך אלה מצומצמים הרבה יותר מהחריגים שהוכרו במסגרת הגנת השימוש ההוגן לפני העידן הדיגיטלי.⁵⁹

Before the Subcomm. on Courts and Intellectual Property of the House Comm. on the Judiciary and the Senate Comm. on the Judiciary, 104th Cong. (1995); H.R. Rep. No. 105-551 (1998); S. Rep. No. 105-190 (1998)

53 ראו סעיפים 1203 ו-1204 ל: DMCA, *supra* note 47.

54 ראו: *RealNetworks, Inc. v. Streambox, Inc.*, 2000 U.S. Dist. LEXIS 1889 (2000) גם אם לא תישלל הגנת השימוש ההוגן עצמה, היא לא תהווה הגנה מפני ההפרה של סעיפי החוק הקונקרטיים. ראו עניין *Corley, supra* note 48, at p. 440, וכן את גישת בית-המשפט בערכאה הראשונה: *Universal City Studios, Inc. v. Shawn C. Reimerdes*, 111 F. Supp. 2d 294, 321 (2000).

55 סעיף 1201(f) ל: DMCA, *supra* note 47. וגם זו לשם השגת תאימות בלבד.

56 סעיף 1201(g) ל: DMCA, *ibid*.

57 סעיף 1201(j) ל: DMCA, *ibid*.

58 וזאת לשם בחינה בתוס-לב אם לרכוש עותק לשם שימוש לגיטימי. ראו סעיף 1201(d) ל: DMCA, *ibid*.

59 אם כי בארצות-הברית קיימים כאלה הסוברים כי החוק ופרשנותו על-ידי בית-המשפט הלכו צעד אחד רחוק מדי במסגרת ההגנה על היוצרים על-חשבון האינטרס הציבורי הקיים בגישה למידע. אחת הסענות היא כי בניסיון לחוק את בעל הזכות, שינה המחוקק את האיזון באופן שכיום, באמצעות ההגנה, ניתן להפקיע דה-פקטו מהציבור יצירות שאינן זכאיות להגנה או שהגנתן פקעה, ואף למנוע באמצעותה הגנת שימוש הוגן במקום שהיה ראוי לאפשרה. בעניין זה, ראו למשל: P. Samuelson "Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations

הבעיה בארץ היא שהמונחים קלטת, טביעה ושיערוק הוגדרו בפקודת זכות-יוצרים בצורה כללית וללא התייחסות מספקת לסוגיית ההקלטות הביתיות הדיגיטליות. החוק מאפשר העתקה כל עוד היא לשימוש פרטי וביתי, ולא למטרות מסחריות, ואינו מבחין בין הקלטה שתהיה זהה באיכותה למקור ותוכל לשמש גם ליצירת העתקים זהים נוספים לבין הקלטה שאינה כזו. בית-המשפט היה יכול לפרש את המונח קלטת כחל רק על קלטות אנלוגיות (ולא, למשל, על תקליטורים או מיני-תקליטורים), אולם הצדדים לדיון עצמם הסכימו כי לצורכי החוק, התקליטור הוא בגדר קלטת. לכאורה, הסכמה זו של התובעים נראית תמוהה, שכן הם נתנו בכך למעשה לגיטימציה להקלטה הביתית הדיגיטלית, אך בחינה מדוקדקת של סעיף 13 מסבירה מדוע עשו כן. אלמלא הסכימו שתקליטור הוא בגדר קלטת, לא היו הם עצמם נכנסים לגדרו של סעיף 13 המרחיב את זכות-היוצרים לעניין השכרה או השאלה של קלטת בלבד. על-כן, בעניין זה לא היתה למעשה לבית-המשפט בררה אלא להכריע כי תקליטור הוא בגדר קלטת.⁶⁰ לעומת זאת, כפי שנראה להלן, היתה בידיו בררה לפרש באופן שונה או להבהיר ביתר קפדנות את המונח "למטרות מסחריות".

ה. הגדרת המונח "לצרכי מסחר" או "למטרות מסחריות"

המונחים "לצרכי מסחר", "דרך מסחרית" או "מטרות מסחריות" מופיעים בסעיפים שונים בחוק זכות-יוצרים ובפקודת זכות-יוצרים. בעניין זה חשוב להסביר כי סעיף 13, שפורש על-ידי בית-המשפט, רלוונטי לא רק (אם בכלל) לספריות ציבוריות, אלא מדובר בסעיף כללי שעוסק בהגדרה של זכות ההשאלה או ההשכרה של קלטות, ועל-כן חל על כל המשאילים והמשכירים. בית-המשפט עצמו מודע לכך, שכן הוא מציין מפורשות כי מיום 27.6.02, ספרייה ציבורית רשאית מכוח חוק לספק שירותים הנוגעים בתקליטורים,⁶¹ וכי מטרתו היא לבחון את סעיף 13 מתוכו הוא וליצוק תוכן לדיבור

Need to be Revised" 14 *Berkeley Tech. L. J.* (1999) 519; R.P. Merges "One Hundred Years of Solicitude: Intellectual Property Law, 1900–2000" 88 *Cal. Rev.* (2000) 2187; Y. Benkler "Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain" 74 *N.Y.U. L. Rev.* (1999) 354; B.E. Nodzon, Jr. "A First Amendment Focus: Free Speech in A Digital Economy: An Analysis of How Intellectual Property Rights Have Been Elevated at The Expense of Free Speech" 36 *J. Marshall L. Rev.* (2002) 109; P. Moore "Notes & Comments: Steal This Disk: Copy Protection, Consumers' Rights, and The Digital Millennium Copyright Act" 97 *Nw. U.L. Rev.* (2003) 1437

60 אלא אם היה בית-המשפט מרחיק לכת ועורך דיון הוקתי, כפי שעשה בית-המשפט המחוזי. ניתן לטעון כי ההבדלים המהותיים בעוצמות הפגיעה הקניינית בין הקלטות אנלוגיות לדיגיטליות מחייבות לפרש את סעיף 13 כמכיל הסר (לקונה) לעניין תקליטורים, שיש למלאו בדרך של יישומו "בשינויים המחויבים".

61 בית-המשפט קבע כי התקנות שלא שוננו מאפשרות השאלת ספרים - דהיינו

"לצרכי מסחר", תוך מתן משקל לאינטרסים היחסיים של הטוען לבעלות קניינית מזה ולצרכי הציבור מזה.

כזכור, בית-המשפט גרס כי המחוקק הישראלי נקט בטכניקה של מגבלה פנימית על הזכות ובאופן של הגדרתה על דרך הצמצום הן לעניין סוג היצירות שהיא חלה עליהן והן לעניין סוג הפעילות שהיא מתייחסת אליו. הגישה שהנחתה את בית-המשפט היתה כי במורשת האנגלו-אמריקאית, שדיני זכויות-היוצרים בישראל יונקים ממנה, ההצדקה הבסיסית לדיני זכויות-יוצרים נתפסת כרצון לתת תמריץ ליוצר על-מנת להשיג לציבור הרחב נגישות מרבית אל היצירה.⁶² על-כן היתה קביעתו כי אין מקרא יוצא ידי פשוטו, וכי פעילותה של הספרייה אינה מהווה פעילות לצורכי מסחר.⁶³ באותה נשימה הזכיר בית-המשפט את התגמולים המגיעים לבעלי זכויות-היוצרים בגין ההקלטות הביתיות שאינן נחשבות להפרה של זכויות-היוצרים. לדבריו, יש בתגמול זה כדי לאזן במשהו את הפגיעה הנגרמת להם כתוצאה מהגדרת זכותם הקניינית למנוע את ההשכרה או ההשאלה ככזו המתייחסת לפעילות לצורכי מסחר בלבד, וכי זה האזוון שבו בחר המחוקק הישראלי, והוא אינו חריג בנוף של דיני זכויות-יוצרים בעולם. כלומר, בית-המשפט עצמו מודע לאפשרות (הסבירה מאוד) שציבור המשתמשים ינצל את ההשאלה למטרה של הקלטה ביתית שאינה מסחרית הגם שהדבר נאסר עליו בחוזה ההשאלה, אך מתנחם בכך שהיוצר מפוצה על כך באופן חלקי.

תקליטורים – למבוגרים ולילדים. עניינה של המחלוקת בפסק-הדין "הוא אפוא היקפה של זכות ההשכרה וההשאלה של תקליטור, כפי שזו הוגדרה על ידי המתוקק הישראלי בתיקון משנת תשנ"ו, והיחס בינה לבין ההרשאה הנתונה בחוק לספרייה ציבורית כהגדרתה באותו החוק להשאלת תקליטורים". עניין עיריית חולון, לעיל הערה 1, פסקה 4 לפסק-דינו של השופט לוי.

62 אגב, בעניין זה נראה כי בית-המשפט לא דייק. ראשית, הדין האנגלי והדין האמריקאי אינם עשויים מקשה אחת בנוגע להצדקה שעומדת בבסיס זכות-היוצרים. בעוד שבשיטה האמריקאית אין כיום עוררין כי זכות-היוצרים באה לתמריץ יוצרים במגמה להרחיב ולגוון את הידע האנושי, ראו: *Feist Publications, Inc. v. Rural Telephone Service Co., Inc.* 499 U.S. 340 (1991), הגישה האנגלית חד-משמעית פחות בנידון, ויש בה עדיין הדים לא-מבוטלים לתיאוריה לוקיאנית הבאה לתגמל יוצרים על השקעת עמל ביצירת ביטויים עצמאיים. ראו למשל [1988] *Interlego AG v. Tyco Industries Inc.* All E.R. 949 (P.C.); וכן: W.A. Copinger and J. Skone Copyright (14th ed. by K. Garnett, J.R. James & G. Davies, 1999) 29–30. שנית, לא הגישה האנגלית ולא הגישה האמריקאית משתמשות בטרימינולוגיה שבה נקט בית-המשפט.

63 כדברי כבוד המשנה לנשיא לוי, "פרשנותן של המשיבות, כאילו די בכך שהספרייה עוסקת בפעילות קבועה המתייחסת לציבור מתחלף של אנשים על דרך העיסוק על מנת שפעילותה זו תחשב פעילות לצורכי מסחר, אינה עולה בקנה אחד עם משמעותו המילולית הפשוטה של הביטוי האמור. פרשנות זו חותרת תחת העיקרון הבסיסי המנחה את פעילותה של ספרייה ציבורית, הטמון בעצם היותה 'ציבורית', דהיינו פתוחה לציבור הרחב". עניין עיריית חולון, לעיל הערה 1, פסקה 15 לפסק-דינו של השופט לוי.

פרשנות זו של בית־המשפט הינה בעייתית משתי סיבות עיקריות. ראשית, השיטה הישראלית אינה מצוידת כאמור באותם בלמים חוקיים המרסנים העתקות המצויים בשיטות משפט אחרות,⁶⁴ והקביעה כי הספרייה יכולה להשאיל תקליטורים עלולה להביא לידי הגדלה משמעותית של היצע התקליטורים באופן שתואר לעיל. דברים אלו נכונים במיוחד לנוכח העובדה שקביעתו האופרטיבית של בית־המשפט אינה מתייחסת לחוזה שעליו התגימה הספרייה את השואלים לפני השאלת התקליטורים, ועל־כן, לפחות על פני הדברים, הפסיקה אינה מחייבת קיומו של חוזה כזה. לנוכח גישת בית־המשפט נראה גם שלא תעמוד נגד הספרייה עילת־תביעה בגין הפרה תורמת (הגם שתיתכן שהיא יודעת על ההקלטות הביתיות), שכן, כאשר ההפרה העיקרית אינה מתקיימת (שהרי הקלטה פרטית ביתית שלא לצורכי מסחר מותרת), לא תיתכן גם הפרה תורמת.⁶⁵ זאת ועוד, גם בהתקיים חוזה, מכיוון שהחוזה נערך עם הספרייה, הפרתו תקנה עילת־תביעה לספרייה בלבד, ולא ליוצר. העילה במקרה זה תהיה כמובן עילה חוזית בלבד, שכן פקודת זכות־יוצרים אינה אוסרת את עצם ההקלטה הביתית. היכולת והתמריץ של הספרייה לאכוף את החוזה יהיו קטנים, אם בכלל, ועל־כן קיים סיכוי רב שהעתקות הביתיות יפרחו (אם כי בעניין זה ניתן אולי לעשות שימוש במנגנון של חוזה לטובת צד ג, מכוח סעיף 34 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973. בעלי זכויות־היוצרים יוגדרו כמוטבים, ועל־כן תוקנה להם, בכל־זאת, הזכות לאכוף את החוזה ולמנוע העתקות ביתיות). יש לזכור גם כי בחוזה מחויב רק מי שחתום עליו, דהיינו השואל. העתקות ביתיות מאוחרות שנעשו מהעתק של העותק שנלקח מן הספרייה לא יחייבו את המעתיקים בחיוב חוזי כלשהו. יתר על־כן, לא ברור כלל אם הספרייה יכולה להגביל בחוזה את זכותו של המעתיק הביתי, הנתונה לו לפי פרשנות בית־המשפט, מכוח פקודת זכות־יוצרים וחוק זכות־יוצרים.⁶⁶

הבעיה השנייה בפסיקתו של בית־המשפט היא היקפה הרחב. מכיוון שהסעיף שעלה לדיון אינו חל על ספרייה בלבד, הרי שהפרשנות שנתן בית־המשפט לתיבה "לצרכי מסחר" עלולה להשפיע גם על מקרים נוספים, בין במסגרתו של הסעיף ובין במסגרתם של סעיפים אחרים. כך, למשל, תהיה לפרשנות הסעיף השפעה ישירה על תחום ההעתקה הפרטית. זו, כפי שראינו, עלולה להתרחב באופן משמעותי בגין אפשרויות ההעתקה הדיגיטליות עד שחוקי זכויות־היוצרים המסורתיים יתקשו להתמודד עמה.⁶⁷ מכיוון

64 ראו לעניין זה, להלן פרק ד.

65 מה גם שלא ברור עדיין מעמדה של דוקטרינת ההפרה התורמת בארץ בתחום של זכויות־יוצרים. ראו בש"א 2184/02 Microsoft Corporation נ' אגמה מחשוב 1999 בע"מ (לא פורסם).

66 כך, למשל, תניה המכוונת להאריך את זכות־היוצר מחיים + 70 לתקופה ארוכה יותר תיפסל, שכן היא עומדת בניגוד לאיוון הבסיסי של חוק זכות־יוצרים. (אם כי כאן יש לשים לב כי המגבלה אינה מוטלת על־ידי בעל הזכות, שאז היתה נבחנת ביתר חומרה, אלא על־ידי צד שלישי).

67 Although the fair use doctrine has played a central role historically in defining copyright's limits, it presupposes: (1) that the copyright owner will be able to identify the alleged infringement in order to bring it before the court; and (2)

שההגנה היא כי ההעתקה הפרטית כמכלול אינה מהווה פגיעה לגיטימית ביוצר (להבדיל מהפגיעה שנגרמת לו בגין טיפול/שימוש הוגן ביצירה), אלא היא בבחינת ויתור של המערכת מול תופעה שאין היא יכולה להתמודד עמה,⁶⁸ הרי שהרחבת תחום הלגיטימיות של ההעתקה הפרטית אינה רצויה.⁶⁹ כך, יש הסבורים שהסינות בשל העתקה פרטית בלתי-מסחרית צריכה להינתן במקרים של העתקה לצורך שינוי זמן הצפייה, למשל הקלטת סרט מהטלוויזיה על-מנת לצפות בו מאוחר יותר,⁷⁰ או לשם שינוי מקום, למשל בעל תקליטור המעביר את תוכנו למחשבו הגייד או למכשיר גינה דיגיטלי אחר,⁷¹ או במקרים דומים, אך לא מעבר לכך.⁷²

that a judicial proceeding represents a viable means for resolving the dispute. Private copying challenges both of these necessary preconditions. Because it is private, this sort of copying is more difficult to identify and bring before the court. And even if identified in some cases, the costs of resolving the question of infringement through a judicial proceeding are prohibitive. As a result, unless otherwise effectively controlled, private copying would continue, not because a court had balanced the public and private interests at stake and found the private copying to be fair, but because anonymity and the safety of numbers would insulate the private copier's actions from judicial scrutiny
Lunney, Jr., *supra* note 33 at p. 849

Ibid, *ibid* 68

הטלת מס או היטל נותנת לגיטימציה לפעילות המפרה, בין חוקית ובין מוסרית, שכן כעת היוצר אינו מפסיד. לגיטימציה זו עלולה להחריף את בעיית ההעתקה הפרטית, שכן היא תסיר חסמים מאנשים אשר בלעדיה היו נרתעים מלהעתיק, ובכך היא תחריף את התופעה. *Ibid*, at pp. 856–857. 69

Sony Corp. of America v. Universal City Studios, 464 U.S. 417, 455 (1984) 70

עניין *Diamond Multimedia Sys.*, *supra* note 42. 71

בעניין זה השוו גישת בית-המשפט בפרשת *In re Aimster Copyright Litig.*, 252 F. Supp. 2d 634 (2002). 72

באותו מקרה אומר בית-המשפט, בע' 649, את הדברים הבאים:

"The facts of the instant case and *Diamond Multimedia* are markedly different.

The activity at issue in the present case is the copying of MP3 files from one user's hard drive onto the hard drive of another user. The Rio in *Diamond Multimedia*, by contrast, 'merely [made] copies in order to render portable, or 'space shift,' those files that already reside on a user's hard drive.' The difference is akin to an owner of a compact disc making a copy of the music onto a tape for that owner's sole use while away from home versus the owner making thousands of copies of the compact disc onto a tape for distribution to all of his friends. Furthermore, *Diamond Multimedia* had nothing whatsoever to do with whether the MP3 files on the owner's computers themselves infringed copyrights.

על-מנת להמחיש את הבעיה, ניטול את שלוש הדוגמות הבאות. אם נבחן את הדוגמות על רקע הגישה שאין מקרא יוצא ידי פשוטו, נראה שבאף אחד מן המקרים לא תתבצע הפרה של זכות-יוצרים. פרשנות כזו תחטא, לדעתי, לעקרונות העומדים בבסיסם של דיני זכויות-יוצרים:

1. ראובן, שבידו מספר רב של תקליטורים, משאיל כמה תקליטורים לחברו שמעון. שמעון משאיל אף הוא לראובן כמה תקליטורים. כל אחד מהשניים מקליט את התקליטורים של חברו בשביל עצמו.
2. יומי, אדם המאמין בגישה חופשית למידע, מקים מוסד ללא כוונת רווח שתכליתו הבלעדית היא השכרת תקליטורים לציבור הרחב. הוא גובה מהשוכרים סכום כסף מזערי על-מנת לממן את הוצאותיו.
3. הפקולטה למשפטים, השייכת לאוניברסיטה – מוסד ללא כוונת רווח לכל דבר ועניין – מחליטה להעניק שירותי מוזיקה לרווחת הסטודנט. היא רוכשת אוסף של רבבות תקליטורים, ומאפשרת את השאלתם ללא תמורה כלשהי. היא אף אינה טורחת להחתיים את התלמידים על חוזים שימנעו העתקת התקליטורים.

בדוגמה 1 תהיה הטענה כי ראובן (ושמעון בתורו) נכנס בגדרו של סעיף 13, שכן ההשאלה אינה לצורכי מסחר, ועל-כן אין היוצר יכול למנוע אותה. ההעתקה של התקליטור על-ידי שמעון (או ראובן, בתורו) אף היא אינה עולה כדי הפרה של זכות-יוצרים, שכן היא נעשית לצרכים ביתיים ושלא למטרות מסחר (סעיף 13 לפקודה). אם נחשוב לא רק על שמעון וראובן, אלא על מספר גדול יותר של משתמשים, יהיה נפח ההעתקות גדול והפגיעה ביוצרים תהיה חמורה. לדעתי, פרשנות המתירה העתקות כאלה אינה עולה בקנה אחד עם המטרות של חוקי זכויות-יוצרים. העובדה שכסף אינו מחליף ידדים בין הצדדים אינה מעידה שאין מדובר בהשאלה לצורכי מסחר.⁷³ במסגרת הפסיקה

Rather, the decision was limited solely to the infringement issue regarding the act of shifting files from a computer to a personal device"

73 נחזור לעניין הספרייה. הדין האמריקאי, שבית-המשפט מפנה אליו בסעיף 9 לפסק-הדין, מבחין בהקשר המסחרי בין שני טונחים שונים העולים להתפרש בתרגומם לעברית באופן שאינו מדויק. כאשר החוק האמריקאי מדבר על האיסור להשאיל או להשכיר עותק על-ידי הבעלים או המחזיק בו, הוא משתמש במונח indirect commercial advantage (ראו סעיף 109(b)(1)(A) רישא). לעומת זאת כאשר הוא מגדיר את המעשים המותרים לספרייה, הוא נוקט בלשון nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution (ראו סעיף 109(b)(1)(A) סיפא). ביטויים שונים אלה יכולים להתפרש גם באופן שונה, שכן שימוש שהוא לא למטרת רווח יכול עדיין להיחשב שימוש שמעניק לבעליו יתרון מסחרי עקיף, ולהיפך (אם כי במשפט האמריקאי קיימות גם דעות נוגדות. ראו למשל את דעתו של פרופסור נימר בעניין זה). כך, למשל, כאשר אני שואל תקליטורים מחברי, אין מדובר בהכרח

בארצות-הברית הגיעו בתי-המשפט לא אחת למסקנה כי השאלה החשובה אינה אם משתלמים כספים, אלא אם התקבלה תמורה כלשהי במובנה הרחב.⁷⁴ אכן, יהיה קשה למערכת המשפט לאכוף את זכויות-היוצרים בהקשר הפרטי, אך הכרה בתוקיותן של העתקות דיגיטליות אלה, אגב מתן לגיטימציה למעשה בידיעה כי מערכת האכיפה לא תוכל לשאת בנטל, עלולה להחריף את התוצאות עוד יותר. ישראל מנהלת מלחמת-חורמה במפצים מסחריים של תקליטורים מוזיקליים על-מנת לקדם את מעמדה של זכות-היוצרים. מתן לגיטימציה רחבה להעתקה הביתית תהיה בבחינת "גול עצמי" מבחינת התודעה הציבורית, המודעות וההכרה בחשיבות של זכות-היוצרים. למעשה, אומרים לאזרח: אל תטריח את עצמך לקנות תקליטור מוזיקלי, העתק אותו בעצמך, ובכך גם תחסוך את הכסף וגם תעשה מעשה חוקי.

במעשה שהוא for profit, אך אין ספק שאני זוכה ביתרון מסחרי בכך שאיני נאלץ לקנות את התקליטורים, אלא אני מעתיקם ממנו (השוו בעניין זה הפרשנות בדבר Right of Publicity כפי שהיא מופיעה בסעיף 6)2 לחוק הגנת הפרטיות. שם קבע בית-המשפט כי הפרשנות הראויה למונח "ריווח" היא פרשנות מרחיבה הכוללת הפקת תועלת מהשימוש, ולא דווקא רווח במובן הצר של המלה. ת"א (ת"א-יפו) 2578/00 מקדונלד נגד מקדונלד'ס (אלוניאל) בע"מ, פ"מ תשס"א (2) 813. דברים אלה בולטים במיוחד על רקע סעיף 108, המגדיר את זכויות הספרייה והעותקים שהיא רשאית לעשות "למען עצמה" (17 USCS 108). זכות זו של יצירת עותקים שונה אומנם מזכות ההשאלה, אך בהקשר הנ"ל היא מעוררת שאלות דומות, שכן, כפי שראינו, "הסכנה" בהשאלת התקליטורים היא ביצירת עותקים נוספים. בעניין זה ניתן להעלות שאלה: אם בשירות לציבור עסקינן, מדוע לא תשפר הספרייה את רווחת הקוראים והשואלים בכך שתיצור לעצמה עותקים ובכך תצמצם את זמן ההמתנה להשאלה ואת נגישות הקוראים? כך, למשל, אם רכשה הספרייה תקליטור אחד של "המכשפות", היא יכולה להעתיקו בעצמה ולהגדיל את ההיצע למנויים. המחוקק האמריקאי אטר זאת בסעיף מיוחד שמוקדש לעניין - סעיף 108. במסגרת הסעיף המחוקק משתמש בטרמינולוגיה של חריגים לאיסור, ומתיר אותם בתנאים מוגבלים מאוד (ראו סעיף 108(a)). כך, מותר לעשות העתק אחד רק אם, בין יתר התנאים, הספרייה עונה על הדרישה שהשכפול או ההפצה ייעשו without any purpose of direct or indirect commercial advantage. זאת ועוד, גם אם העותקים שהחזיקה הספרייה נפגעו פיזית, מותר לה להכין רק עד שלושה עותקים, ואלה צריכים לעמוד באמת-המידה שלא ניתן להשיג העתק אחר בשוק במהיר הוגן, ושההעתקה, אם נעשתה בפורמט דיגיטלי, לא תועמד לרשות הציבור בפורמט זה מתוך לכותלי הספרייה (סעיף 108(c)).

74 ניתן לערוך אנלוגיה בהקשר זה למשמעות הרחבה של המונח "תמורה" (consideration) בדיני החוזים, שאינו מחייב ברגיל מתן כספים (ראו פסק-הדין האנגלי הקלסי *Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.* (1893) 1 Q.B. 256, שלפיו הסתמכות הניציע על מודעה מהווה תמורה מספקת), או למונח "קבלה", שאינו מחייב קבלת כספים (ראו דברי השופט ברק (כתוארו אז) בע"א 186/77 סוכנויות (השכרת רכב) בע"מ נ' טרבלוס, פ"ד לג(1) 197, שלפיהם הגשמת רצונו של צד לחוזה מהווה קבלה מספקת לצורך דיני ההשבה).

דוגמה 2 שונה מדוגמה 1 לפחות בשניים. ראשית, עצם הפגיעה ביוצר כתוצאה מהשימוש הבודד הינה גדולה. יומי מחזיק ברשותו תקליטורים רבים ופונה לקהל גדול של אנשים. עובדה זו מביאה לידי כך שיש לראות את מעשיו ביתר חומרה. מנגד, וזה השוני השני, יומי אינו מקבל דבר בתמורה. הוא משאיל את התקליטורים ללא תמורה כספית⁷⁵ או תמורה מוחשית אחרת.⁷⁶ הדרך לבהיגת מקרה זה בענייננו היא, לדעתי, להסתכל על הפן המסחרי של הפעילות מן הצד של מקבל השירות, ולא מן הצד של גותן השירות. ניתן לטעון כי השאלה מסוג זה הינה השאלה לצורכי מסחר, שכן מקבלי השירות חוסכים לעצמם רכישת תקליטורים.⁷⁷ דומה שזו אכן היתה מגמת הפסיקה בארצות-הברית בכמה מקרים דומים.⁷⁸ אגב, פתרון זה משמש גם מענה לשאלה שהציגו הצדדים בפסק-הדין,

75 או שלצורך העניין הוא מקבל תשלום בגין הוצאות החזקה, דבר שנתפס כלגיטימי בעיני בית-המשפט בעניין עיריית חולון, לעיל הערה 1.

76 לכאורה, מקרה כזה לא יוכל להתקיים או יהיה נדיר, שכן ההנחה היא שאנשים אינם נוטים להקצות מזמנם ללא רווח. אולם בתחום זכויות-היוצרים דווקא קיימות דוגמות רבות שמפריכות הנחה זו, במיוחד בעידן הדיגיטלי שבו אנו נמצאים. ראו, למשל, ביחס לתוכנה: E. Moglen *Anarchism Triumphant: Free Software and the Death of Copyright*, <http://www.glug.org/people/random/anarchism.html> [2.6.03].

77 ואם אנו הפצים אף בנימוק פורמליסטי, הרי שבסעיף 13 לא נכתב "לצרכי מסחר" של המשאיל דווקא. עם זאת, יש להודות כי מהוראות החוק הורות שמהן הועתק הסעיף משתמעת התמקדות במשכיר ובמשאיל, ראו עניין עיריית חולון, לעיל הערה 2, פסקה 5 לפסק-דינו של השופט קלינג.

78 בעניין זה, ראו למשל את גישת בית-המשפט ב: A. & M. Records, Inc. v. Napster, Inc., 114 F. Supp. 2d 896 (2000) (להלן: עניין Napster), שם נאמרים, בע' 42, הדברים הבאים: "the fact that Napster users get for free something they would ordinarily have to buy suggests that they reap economic advantages from Napster use". כמו-כן ראו: Sega Enters. Ltd. v. Maphia, 857 F. Supp. 679, 687 (1994), שם נקבע כי העתקה שנועדה לחסוך למשתמשים הוצאות רכישה של עותקים חוקיים הינה בעלת אופי מסחרי, ובאותו מקרה היא נשקלה כנגד הכרה במעשה כשימוש הוגן. יפים לענייננו גם דברי בית-המשפט בעניין Harper & Row Inc. v. Nation Ents., 471 U.S. 539, 562 (1985), שם נקבע ב-15 headnote, כי "The crux of the profit/nonprofit distinction is not whether the sole motive of the use is monetary gain but whether the user stands to profit from exploitation of the copyrighted material without paying the customary price". J.C. Ginsburg "Copyright Use and Excuse On The Internet" 24 Colum.-VLA J. L. & Arts (2000) 1 בע' 31-32, בנתחה את עניין Napster כי "'repeated and exploitative' character of Napster copying indicate that systematic avoidance of purchasing copies is also 'commercial.' On the other hand, the court's conjunction of 'repeated and exploitative' suggests that sporadic copying for personal enjoyment might yet

"כיצד ייתכן שהשאלה - הנעשית ללא תמורה - יכול ותיחשב שנעשתה לצורכי מסחר", שאלה שבית-המשפט בחר לבסוף לא לדון בה ולהשאירה בצריך-עיון. בדוגמה 3 מדובר במוסד אקדמי ללא מטרת רווח המשאיל את התקליטורים ללא גביית תשלום כלשהו. שוב מדובר בכמות גדולה של תקליטורים ושל משתמשים, ולכן הנזק שצפוי ליוצר הינו גדול, במיוחד אם גופים רבים ללא כוונות רווח יפעלו באותו אופן ויקימו לחבריהם ספריות פרטיות. גם כאן עשוי לפעול הכלל שפעל בדוגמה 2. כלומר, העיקרון הוא שהשאלה חוסכת לסטודנטים באופן שיטתי את הצורך לקנות את התקליטורים, ועל-כן יש לראות בה הן השאלה מסחרית מצד האוניברסיטה והן הקלטה מסחרית מצד הסטודנטים. זאת ועוד, בניגוד לדוגמה 2, כאן עלול להצטרף רכיב נוסף, והוא הרווח שהפקולטה מפיקה כתוצאה מן ההשאלה, הגם שאינה מקבלת בגינה תמורה כלשהי. ולעניין זה, העובדה שמדובר במוסד ללא כוונות רווח אינה צריכה לשנות דבר. הדרך לבהינת העניין במקרה זה היא הצגת השאלה אם המוסד מפיק יתרון, למשל על פני מוסדות אחרים, בכך שהוא גותן את השירות, הגם שאינו גובה עליו כסף. זאת על דרך של פרפרזה על המונח האמריקאי *it is not free - it is included*. אם התשובה תהיה בחיוב, יש כאן השאלה או השכרה מסחרית, ועל-כן יש לאסור את קיומה ללא הרשאת היוצרים.⁷⁹

דוגמות אלה אינן באות למצות את הדיון, אלא להראות כי סעיף 30, 33 וסעיפים נוספים המכילים את צמד המילים "למטרות מסחר" או מילים דומות עשויים לעלות לדיון

be considered 'non-commercial.' ...The scale and intensity of Napster copying falls so much on the side of 'systematic reproduction [and] distribution,' that to call it 'non-commercial' would drain the label of meaningful content" בעניין זה היא אף משווה לעניין זכות לשעתוק על-ידי ספריות. לספריות מותר ליצור "isolated and unrelated reproduction or distribution of a single copy or phonorecord of the same material on separate occasions" אך לא "systematic reproduction or distribution".

79 בעניין זה ניתן אף להוסיף דוגמה נוספת שבה אגודת הסטודנטים של האוניברסיטה מנהלת ספריית תקליטורים לרווחת הסטודנטים. דוגמה זו מציגה אף בעיה מסוג שונה. מדובר באגודה ללא מטרת רווח בתוך המוסד שאין היא חלק ממנו, אך פוטנציאל הנזק גדול עדיין, במיוחד לנוכח העובדה שהשירות כבר אינו ניתן על-ידי ספריית הפקולטה, כחלק מפעילותה, אלא באופן עצמאי ולמטרה זו בלבד. נוסף על כך, הגם שמדובר בגוף ללא מטרת רווח, הסטודנטים, כאמצעות האוניברסיטה, משלמים לאגודה המספקת להם שירותים שונים. מצד אחד ניתן לומר שהתשלום לא נעשה בעד השירות הספציפי, ועל-כן אין מדובר בהטבת תמורת תשלום. מצד אחר מדובר בהטבה שהיא חלק מתיק הטבות שהתשלום ניתן בגינה. זאת ועוד, אפשר לבחון את הדברים גם ברמת המוסד כולו. העובדה שהשירות אינו ניתן על-ידי המוסד עצמו, אלא על-ידי גוף עצמאי הפועל במסגרתו, אינה מבטיחה שהמוסד עצמו אינו מפיק מכך טובת-הגנה בכך שהוא נעשה אטרקטיבי יותר. אם זה המצב, הרי שיהיה אפשר בוודאי לראות סיטואציה זו כנופלת לגדר ההשאלה המסחרית.

בסיטואציות שונות בהקשרים שונים, ואלה יהייבו פרשנות שונה של המונח, ולפעמים שלא כפשוטו.

ו. תמלוגים כ"פיצוי" על הפרות

טענה שיכולה לעלות נגד הפרשנות המצמצמת של המונח שימוש מסחרי, שהדים חוקים לה נשמעו אף בפסק-הדין, היא כי ליוצרים אין סיבה להתלונן, וכי ניתן לפצותם באמצעות תשלום תמלוגים. אלה ישולמו מכספי מיסים שיוטלו על מכירת מדיה להקלטות. הדבר גם נעשה בפועל לכאורה באמצעות סעיף 33. על-כן, הרחבה של תחומי ההעתקה הפרטית תביא לידי כך שהציבור יזכה להעתיק בחופשיות הקלטות, ואילו היצרן יזכה בקבלת הלקו (אם כי בצורה עקיפה) בתמלוגים. ככל שההעתקות רבות יותר, כן רבות יותר הקלטות הנמכרות, ובהתאם גם המס שנגבה בגינן. כך תיווצר קורלציה בין כמות ההעתקות הביתיות לבין התמלוגים המשולמים ליוצרים.⁸⁰

גם אם נתעלם לרגע מן הבעיות הטכניות הכרוכות ביישום השיטה בישראל, וכאלה יש לא מעט,⁸¹ שיטת התמלוגים מכוח ההיטל בעייתית כבר מעצם הגדרתה. ראשית, התמלוגים שמגיעים בסופו של דבר לבעל הזכות נמוכים יחסית, ואף נשללת ממנו האפשרות לקבוע את שיעורם. למעשה, מדובר בתשלום כפייה המוכתב ליוצר מבלי שתינתן לו אפשרות שליטה בגובה התמלוגים שיקבל בגין ההעתקות הפרטיות. בכך טמון סיכון שיאכזרו ליוצר תמריצים ליצור, וזאת כגובה ההפרש בין התמלוגים שהיו משתלמים בשוק בין מוכר מרצון לקונה מרצון לבין האחוזים שמשתלמים לו כיום בגין מכירת הקלטות.⁸² לכאורה, ניתן להתגבר על בעיה זו בכך שנעלה את שיעור המס, וממילא את

80 למגנגונים דומים ל"מס" ולגישות חלופיות לדיני זכויות-יוצרים, המעבירות את הבעלות ביצירה לחברה ומזכות את היוצר בתמלוגים מקופת משלם המיסים, ראו למשל: S. Shavell & T. Van Ypersele "Rewards Versus Intellectual Property Rights" 44 *J. L. & Econ.* (2001) 525; D.G. Lichtman "Pricing Prozac: Why the Government Should Subsidize the Purchase of Patented Pharmaceuticals" 11 *Harv. J. L. & Tech.* (1997) 123; S.P. Calandrillo "An Economic Analysis of Intellectual Property Rights: Justifications and Problems of Exclusive Rights, Incentives, and the Alternative of a Government-Run Reward System" 9 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* (1998) 301; M. Kremer "Patent Buyouts: A Mechanism for Encouraging Innovation" 113 *Q. J. Econ.* (1998) 1137.

81 הדבר עולה מראיונות שנערכו עם כמה עורכי-דין העוסקים בתחום.

82 אגב, תיתכן סיטואציה, גם אם סבירה פחות, שבה יהיו ליוצר תמריצים רבים יותר משצריכים להיות לו, למשל כאשר כמות הקלטות הריקות שנמכרות ואינן משמשות להקלטות המפרות זכויות-יוצרים גדולה משמעותית מכמות הקלטות המשמשת בפועל להפרה.

התשלום הכולל בעד קלטות, עד למחיר שישקף את ההפסדים האמיתיים שנגרמים ליוצרים. אולם נקיטה בקו-פעולה זה תגרום לבעיה הפוכה. כעת, חוסר היעילות ייווצר מצד הרוכש, ותיווצר בעיה של שימוש בחסר, כמו גם של גשיאה לא-שוויונית בנטל. חישבו למשל על מס בגובה 20 שקלים שמוטל על תקליטור, שהינו (נניח לצורך הדיון) שיעור הרווח הממוצע ממכירתו.⁸³ ראובן, מקליט ביתי "סדרתי", משתמש בתקליטורים אך ורק לשם הקלטת תקליטים המוגנים בזכויות יוצרים, בעוד שמעון משתמש בתקליטורים לשם גיבוי מסמכים ומצגות במחשב. המחיר שייאלץ שמעון לשלם יהיה גבוה מעלות ה"נוק" שנגרם ליוצר. למעשה, במקרה הקיצוני של שמעון, תשלום מס כלשהו מיותר, אולם העלאת שיעורו מחריפה את הבעיה בצורה משמעותית. יתר על-כן, העובדה שמוטל מס על טכנולוגיות העתקה חדשות - בין שמדובר במכשיר (לדוגמה מיני-תקליטור) ובין שמדובר במדיה שעושים בה שימוש - עלולה להקטין את התמריצים לייצר טכנולוגיה כזו, שכן מחירה לצרכן יהיה גבוה, מספר הקונים יקטן, וכך גם הרווחים למפתחי המוצר החדש.⁸⁴ כמו-כן יש להביא בחשבון את העלויות הבירוקרטיות הגבוהות הכרוכות בהטלה, גבייה ואכיפה של מס כזה, חלוקתו בין היוצרים השונים ועוד. על-כן נראה כי הרחבה של תופעת ההקלטות הפרטיות, בד בבד עם גביית מס על מכירת קלטות, אינה מהווה פתרון הולם.

ז. סיכום

הקשיים שבית-המשפט ניצב לפניהם בעניין עיריית חולון ברורים. חוק זכות-יוצרים ופקודת זכות-יוצרים אינם מעודכנים, והמחוקק אינו זריו דיו להדביק את הטכנולוגיה. אכן, בעיה זו אינה ייחודית למדינת-ישראל, אך דומה שבכל-זאת, חומרתה של הבעיה המקומית גדולה מזו הקיימת במדינות מפותחות אחרות בשל הפער הגדול בין החקיקה מתחילת המאה לטכנולוגיה החדשה והדיגיטלית. איני מתיימר לטעון כי מרדף חוקי אדוק אחר הטכנולוגיה הוא דבר ראוי, שכן הניסיון מלמד שהאחרונה אינה ניתנת להשגה. אולם כאשר נחקקו החוק והפקודה, מוגחים כגון הקלטה דיגיטלית, MP3, קאזה ורבים נוספים לא היו ידועים ואף לא נצפו בגדר חלום רחוק. בחקיקת זכויות יוצרים הוכנסו אומנם תיקונים נקודתיים אחדים, אך אין די בהם להתאימה למאה העשרים ואחת ולשנות את הראייה הכוללת העומדת בבסיסה.⁸⁵

83 גם כאן לא התגברנו על בעיית התמחור השווה, וזאת מכיוון שמחיר זהה נגבה מהקונה ללא קשר לשווי התקליטור שבכוונתי להעתיק או לתמלוגים שמשולמים בנינו ליוצר. אולם, ולצורך פשטות הדיון, נניח כי המחיר ישפה את רוב היוצרים באופן הולם, וכי יהיה ניתן ליצור ביניהם דיפרנציאציה על-ידי חלוקה לא-שוויונית (אך צודקת) של התקבולים שיחולקו מתשלום המס.

84 Lunney, Jr., *supra* note 33, at p. 912.

85 שינויים כאלה עלולים, במקרים רבים, להיטיב עם היוצר, אך במקרים אחרים גם להרע עמו.

הליכה בדרך-המלך מחייבת על-כן רפורמה חקיקתית מרחיבה בתחומי הקניין הרוחני בכלל ובתחום זכויות-היוצרים בפרט. אכן, רפורמה כזו עומדת על הפרק זה שנים מספר. בדומה למדינות אחרות, לו היו מצויים בחוק הסדרים כלליים, כמו גם סעיפים ספציפיים, המגדירים באופן ממוקד את זכות ההשאלה של הספרייה הציבורית או את תחום ההקלטות והשיעוקים בעידן הדיגיטלי, היתה נפרשת לפני בית-המשפט תמונה רחבה, שהיתה, כך יש לשער, מביאה בחשבון אינטרסים כלליים נוגדים של קבוצות שונות באוכלוסייה. במצב החוקי היום, תפקידו של בית-המשפט נעשה מסובך הרבה יותר והוא לנסות למצוא את הפתרון הראוי מתוך החוק בנוסחו הנוכחי, על כל מגבלותיו, ולהתאימו לאיזון העדין העומד בבסיס זכויות-יוצרים: קידום האינטרסים החברתיים תוך מזעור הפגיעה באינטרסים של היוצרים. בעניין עיריית חולון ראינו כי חלק מן הדרכים ליצירת איזון ראוי, למשל באמצעות פרשנות צרה של המונח קלטת, היו סגורות לפני בית-המשפט. עם זאת, לדעתי, עמדה במקרה זה לפני בית-המשפט יכולת תמרון בעניין הגדרת האינטרסים המסחריים שהפקודה מתייחסת אליהם וקביעת דין מיוחד וממוקד יותר ביחס לזכות ההשאלה של תקליטורים על-ידי ספריות. המבחן שאימץ בית-המשפט נקבע אגב משיכת מכחול רחבה, תוך העדפה ברורה של האינטרס הציבורי ופגיעה חמורה מדי באינטרסים של היוצרים, פגיעה העלולה להשפיע באופן חמור על תמריציהם ליצור.⁸⁶ יש לקוות כי בעתיד יערוך בית-המשפט איזון עדין יותר, תוך אבחון המקרה הספציפי שלפניו ממקרים אחרים, ויחס משקל רב יותר לזכויות היוצר.

86 ובטווח הארוך, על-כן, עלולה גם לפגוע באינטרס הציבורי בהעשרת עולם היצירה. אכן, תובנה זו מחדדת את הבעייתיות שטמונה בהגדרת בית-המשפט בעניין עיריית חולון, לעיל הערה 1, ביחס למטרתה של זכות-היוצרים כמיועדת להשיג נגישות מרבית של יצירות לציבור הרחב (ראו לעיל הערה 62 והטקסט המופיע צמוד לה), שכן היא מתעלמת מחשיבותו של עולם היצירה העתידי.
