

מגמול קלטות ריקות לגמול התקנים הייבים: בעקבות תזכיר זכות יוצרים (העתקה פרטית), תשס"ה-2004

רן מג'ר*

זכות היוצרים ביצירה מוגדרת בסעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים, 1911 כזכות בלעדית לבצע פעולות שונות ביצירה או לנצלה בדרכים מסוימות. בין השאר נתונה לבעל זכות היוצרים זכות בלעדית ליצור עותקים של יצירתו. עם זאת, בפקודת זכות יוצרים, נקבע שהעתקה פרטית של יצירות מוגנות לא תיחשב להפרה של זכות היוצרים ביצירה. להיתר זה נלווה הסדר מפצה, אשר נהוג לקרוא לו "גמול קלטות ריקות". מטרת ההסדר היא לפצות את בעלי הזכויות ביצירה, על הנזק שנגרם להם לכאורה עקב ההיתר להעתקה פרטית. באחרונה פרסם משרד המשפטים את תזכיר זכות יוצרים (העתקה פרטית) אשר נועד להחליף את ההסדר בדבר העתקה פרטית הנמצא כיום בפקודת זכות יוצרים. ההסדר המוצע מכיל חידושים ושינויים רבים בנוגע להסדר הקיים. הערת חקיקה זו בוחנת אותו בצורה ביקורתית, תוך ציון הערות כלליות בנוגע למהות ההסדר,

* תלמיד לתואר ראשון בתכנית לתואר משולב במשפטים ובמדעי המחשב באוניברסיטת חיפה.

ברצוני להודות לד"ר מיכאל בירנהק ולחברי מערכת כתב העת דין ודברים על הערותיהם והארותיהם. כן ברצוני להודות לנעמה בביוף, שותפתי לכתיבת "הגיגים צרובים 1 – הערות המרכז למשפט וטכנולוגיה על תזכיר חוק זכויות יוצרים (העתקה פרטית), תשס"ה-2004 שפורסם באתר האינטרנט של המרכז למשפט וטכנולוגיה בפקולטה למשפטים, וממנו צמח הרעיון לכתיבת מאמר זה. כתובת המרכז למשפט וטכנולוגיה: [URL:http://techlaw.haifa.ac.il]

כל אתרי האינטרנט נצפו באחרונה בפברואר 2006, אלא אם כן צוין אחרת.

1. תזכיר חוק זכות יוצרים (העתקה פרטית), תשס"ה-2004 (להלן: התזכיר).

והערות ספציפיות הנוגעות לחלקים ממנו. בפרק הראשון של ההערה מופיעה סקירה של הבסיס העיוני וההתפתחויות ההיסטוריות בנושא העתקה פרטית בארץ ובעולם. כן מופיע פירוט של ההסדר הקיים וההסדר המוצע, תוך הדגשת ההבדלים ביניהם. הפרק השני מחולק למספר תתי פרקים וכולל ביקורת על ההסדר המוצע מכמה זוויות שונות.

א. מבוא. ב. ההסדרים בעניין העתקה פרטית: 1. העתקה פרטית על קצה המזלג; 2. ההסדר הקיים וההסדר המוצע. ג. ביקורת על ההסדר המוצע: 1. סוגי היצירות שעליהן חל ההסדר; 2. התקנים החייבים במסגרת ההסדר; 3. היעדר חריגים להסדר; 4. היעדר התייחסות לסוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט. ד. סיכום.

א. מבוא

זכות היוצרים ביצירה מוגדרת בסעיף 1(2) לחוק זכות יוצרים (להלן: החוק) כזכות בלעדית לבצע פעולות שונות ביצירה או לנצלה בדרכים מסוימות.² בין השאר נתונה לבעל זכות היוצרים זכות בלעדית ליצור עותקים של יצירתו. זכות היוצרים מקנה בעלות ביצירה, אולם זו אינה בעלות מוחלטת והיא כפופה לסייגים שונים שנקבעו בחוק ובפסיקה. באחד הסייגים נקבע שהעתקה פרטית של יצירות מוגנות לא תיחשב להפרה של זכות היוצרים ביצירה. להיתר זה נלווה הסדר מפצה, אשר נהוג לקרוא לו "גמול קלטות ריקות". מטרת ההסדר היא לפצות את בעלי הזכויות ביצירה על הנזק שנגרם להם לכאורה עקב ההיתר להעתקה פרטית.

באחרונה פרסם משרד המשפטים את תזכיר זכות יוצרים (העתקה פרטית), אשר נועד להחליף את ההסדר בדבר העתקה פרטית, הנמצא כיום בפקודת זכות יוצרים.³ החידוש העיקרי המוצע בתזכיר הוא שינוי שיטת מימון הפיצוי הניתן לבעלי הזכויות עקב הנזק שגורם להם מתן ההיתר להעתקה פרטית. כיום הגמול לבעלי הזכויות בגין העתקה פרטית ממומן מתקציב הממשלה. בתזכיר מוצע להטיל היטל על מדיה ריקה, אשר ישולם על ידי יבואנים ויצרנים של אותה מדיה, ויועבר לחברות התמלוגים.⁴ אין זה ההבדל היחיד בין

2. חוק זכות יוצרים 1911 הא"י (ג), 2633.

3. פקודת זכות יוצרים 1924 תא"י (א), 364.

4. ההסדר והמונחים המדויקים יובאו בהמשך. בשלב זה אציין שההסדר המופיע בפסקה הנ"ל מצוי בתזכיר בפרק שלישי א: גמול התקני הקלטה. "התקן חייב" מוגדר כ"התקן שעליו מעתיקים בדרך כלל תקליטים מסחריים למטרה פרטית..." (מדיה ריקה). "גמול התקן חייב" הוא התשלום המוטל על התקנים אלו.

ההסדר המוצע בתזכיר להסדר הקיים, ובהמשך אעמוד על הבדלים נוספים. הערת חקיקה זו בוחנת את ההסדר המוצע בתזכיר, תוך ציון הערות כלליות הנוגעות למהות ההסדר, והערות ספציפיות הנוגעות לחלקים ממנו. בפרק השני של ההערה אניח את המסגרת משפטית לדיון בהסדר המוצע ואסקור את הבסיס העיוני שעליו מושתת ההסדר בדבר העתקה פרטית של יצירות מוגנות. לאחר מכן אפרט את ההסדר הקיים וההסדר המוצע, תוך הדגשת ההבדלים ביניהם.

הפרק השלישי מבקר את ההסדר המוצע. בתמצית, הביקורת היא שהתזכיר אינו מסדיר את העתקתן הפרטית של יצירות אור־קוליות,⁵ אף שעקרונית אין כל סיבה להבחין ביניהן ובין יצירות מוזיקליות. התזכיר גם מציע הסדר חלקי, במובן זה שהוא עמום וספק אם הוא חל על התקנים כגון זיכרונות הבנויים בתוך נגני MP3, אשר גם הם משמשים להעתקה פרטית של יצירות מוגנות. בנוסף, לא נקבעו בתזכיר תריגים להסדר ואין בו כל התייחסות לסוגיית שיתוף הקבצים ברשת האינטרנט.

ב. ההסדרים בעניין העתקה פרטית

1. העתקה פרטית על קצה המזלג

הגישה הקלאסית להעתקה פרטית⁶ גרסה שהעתקה של יצירות מוגנות לשימוש פרטי (בין שמדובר ביצירות ספרותיות, אומנותיות וכיוצא באלה), אינה פוגעת באופן בלתי סביר באינטרסים של היוצרים ועל כן היא נתפסה כמותרת.⁷ לכך לא היו הסדרים מיוחדים. גישה זו החלה להתערער בשנות ה-60 של המאה הקודמת, כאשר הופיעו בראשונה מכשירי רדיו־טייפ, אשר בעזרתם ניתן היה להקליט יצירות מוגנות וליצור העתקים חדשים שלהן.⁸ כבר אז הופיעו במקומות שונים בעולם הסדרים שונים אשר מטרתם הייתה להתמודד עם בעיה זו, אולם גם אז סוגיית ההעתקות הביתיות לא נתפסה כמהותית, בגלל מגבלות טכניות שנגעו לאיכות ההעתקה. במרוצת השנים חלו התפתחויות טכנולוגיות רבות ועמן עלתה חשיבותה של סוגיית ההעתקה. בד בבד נוצר צורך בהסדר ממצה, אשר יעניק פיצוי הולם לבעלי הזכויות ויוכל להתמודד עם התפתחותה המהירה של הטכנולוגיה והשפעתה על זכויות היוצרים.

5. יצירות אור־קוליות הן יצירות המשלבות תמונה וקול, כגון יצירות קולנועיות, קליפים מוזיקליים וכדומה. מונח זה הוגדר בצורות שונות בדיני זכויות היוצרים במדינות שונות. להרחבה בעניין מהותה של הגדרה זו ראו, טוני גרינמן, **זכויות יוצרים** (איש ירוק, תשס"ד) 105.

6. מכאן ואילך, הכוונה במושג "העתקה פרטית" (או העתקה ביתית), היא להעתקה של יצירות לשימוש פרטי בלבד, שאינו לצורכי מסחר.

7. J.A.L Sterling, *World Copyright Law* (2003) 435.

8. גרינמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 297.

למעשה, יש הערכות מבוססות לפיהן כבוי נגרמה פגיעה מסוימת במכירות של אלבומים מקוריים עקב הופעת אמצעים אשר אפשרו העתקה אנלוגית ביתית לשימוש פרטי,⁹ אולם הפגיעה בשעתה לא עוררה גלים כיוון שבתהליך ההעתקה האנלוגית של יצירה, התוצר הסופי המתקבל הוא עותק בעל איכות פחותה מאיכותו של העותק המקורי.¹⁰ על כן, בשל הגבלות טכניות היה מספר "דורות" ההעתקים מוגבל. בנוסף, לחובבי מוזיקה ולאלו המחשיבים את איכות השמע עדיין היה תמריץ ברור להשיג עותק מקורי של היצירה או האלבום, ולא להסתפק בהעתק בעל איכות פחותה.¹¹

ואולם כאשר הופיעה בשוק טכנולוגיה אשר אפשרה הקלטות דיגיטליות (DAT), החלו להישמע קולות אחרים, בעיקר מכיוונם של אנשי תעשיות המוזיקה. הקלטה דיגיטלית מאפשרת יצירת "דורות" רבים של העתקים שאיכותם שווה למקור,¹² ולכן בטכנולוגיה זו גלום פוטנציאל פגיעה רב יותר בבעלי הזכויות ביצירות.¹³ בנוסף, טכנולוגיה זו מאפשרת גם תהליך העתקה נוח יותר אשר כולל חלוקה למקטעים ואפשרות לבחירת השירים.¹⁴ ההקלטה הדיגיטלית הביאה לידי שיפור ניכר ביכולת לבצע העתקות ביתיות ופגיעה בתמריץ לקנות אלבומים מקוריים בחנויות. תופעה זו הייתה כמובן מקור לדאגה אצל גורמים רבים, שהחלו לפעול במטרה למנוע או לחלופין להסדיר אותה. ככל שהתפתחויות טכנולוגיות אלו ואחרות (כמו, למשל, הופעת מכשירי הווידאו הביתיים ולאחר מכן מכשירי ההקלטה הדיגיטליים כגון צורבי תקליטורים וכדומה) אפשרו העתקה נוחה ואיכותית יותר, כן עלתה

9. Melville B. Nimmer and David Nimmer, *Nimmer on Copyright* (2001) 8B-6.

10. להסבר טכני מפורט על הקלטות ומכשירי הקלטה אנלוגיים, ראו: [URL: <http://ccrma.stanford.edu/courses/192a/SSR/Analog%20Recording.pdf>]; [URL: http://arts.ucsc.edu/EMS/Music/tech_background/TE-19/teces_19.html].

11. ישנם תמריצים נוספים לקנות בחנויות עותק מקורי של אלבום או יצירה, אשר אינם קשורים לאיכות ההקלטה, כגון אהבת אמנות ויצירה, אידיאלים, קשר ליוצר וכו'. ראו, למשל, את הרצאתו של המוזיקאי נמרוד לב במרכז למשפט וטכנולוגיה בפקולטה למשפטים באוניברסיטת חיפה ב-16 בנובמבר 2004, ניתן לצפייה באתר: [URL: http://techlaw.haifa.ac.il/techlaw_in]; [URL: http://www.absolutedeconomy.co/encyclopedia/A/An/Analog_sound_vs._digital_sound.htm].

12. להסבר טכני מפורט על הקלטות דיגיטליות ראו: [URL: http://arts.ucsc.edu/EMS/Music/tech_background/TE-16/teces_16.html].

13. עם זאת, יש הטוענים שלהקלטה דיגיטלית יש חסרונות אחרים, ועדיין גיטש ויכוח בין המצדדים בכל אחת מהטכנולוגיות. ראו, למשל: [URL: http://www.absolutedeconomy.co/encyclopedia/A/An/Analog_sound_vs._digital_sound.htm].

14. לדוגמה, ב-CD ישנה חלוקה ל-tracks, ועל כן המקליט יכול בקלות ובנוחות לבחור שירים מסוימים. לעומת זאת, בקלטות, ההקלטה מתבצעת ברציפות על הסרט, ולכן אין הפרדה בין השירים השונים. (ישנן טכנולוגיות שונות שמטרתן להתגבר על בעיה זו בקלטות, אך גם הן לא מאפשרות את הנוחות של העתקת CD).

ההכרה בצורך בהסדרה חוקית של נושא ההעתקות הפרטיות. ואכן, במהלך השנים חוקקו מדינות רבות חוקים שהסדירו במיוחד את סוגיית ההקלטות הפרטיות.¹⁵ המודל המקובל להתמודדות עם התופעה של העתקות ביתיות הוא הענקת פטור למעתיקים ביתיים העושים זאת למטרות פרטיות מחד גיסא, והענקת פיצוי כספי מסוים לאמנים מאידך גיסא. מדוע בכלל יש צורך בחריג מפורש לזכות ההעתקה, המוקנית ליוצרים, בדמות ההיתר להעתקה פרטית? נהוג לראות את ההצדקות למהלך זה בשני מישורים.¹⁶ ראשית, קיים כשל שוק הנובע מהוסר יכולת לאכוף ביעילות את החוק על אלו המעתיקים יצירות מוגנות בביתם לשימוש פרטי. כשל האכיפה נובע מכמה סיבות: יש קושי לאתר את ההפרות ואת המפרים המפוזרים; לא תמיד ניתן לחדור מבעד למעטה הפרטיות, שמקנה החוק למי שנחשד בהעתקה, כדי לברר אם אכן הפר את זכות היוצרים; עלות התביעה במקרים אלו גבוהה בהרבה משיעור הנזק שנגרם וגובה הפיצוי הפוטנציאלי צפוי אף להיות נמוך מעלות התביעה. לכן לרוב לא יהיה אינטרס לבעלי הזכויות לתבוע את המעתיקים; ולבסוף, מחסום נוסף הוא האינטרס העסקי של בעלי הזכויות שלא לתבוע את ציבור לקוחותיהם. משום כשל זה, בחר המחוקק "להכשיר את השרץ" וכך לשמור על שלטון החוק ורמת הציות לו.

אולם כשל השוק אינו משמש הצדקה יחידה ואף לא עיקרית לפטור הניתן להעתקה הביתית. הצדקה נוספת לפטור הניתן למעתיקים הביתיים נעוצה בכך שהמחוקק רואה בהעתקה פרטית שלא לצורכי מסחר פעולה רצויה, שנודעים לה יתרונות רבים: הגדלת ההיצע והגישה ליצירות והגדלת אפשרויות השימוש בהן.¹⁷ בית המשפט קבע זה מכבר, שבבסיס דיני זכויות היוצרים בישראל עומדת גישה כלכלית-מכשירנית. דיני זכויות היוצרים נועדו לעודד את ייצורם של טובין ציבוריים, כגון עידוד היצירה, גיוון עולם הביטויים והעשרתו.¹⁸ במובן זה, הזכות הקניינית היא כלי להשגת המטרות של עידוד היצירה וגיוונה ואינה מטרה בפני עצמה. על רקע זה, ניתן להבין את הפטור שניתן למעתיקים הפרטיים, אשר באמצעות פעולת ההעתקה יכולים ליהנות בביתם מהיצירות וגם להשתמש בהם לצרכים יצירתיים ואחרים.¹⁹ לבסוף, הפטור משרת גם מטרה שוויונית

15. לסקירה של ההתפתחות ההיסטורית באירופה בנושא זה, ראו: Bernt Hugenholtz, "The Future of Levies in a Digital Environment, Final Report" *IVIR – Institute of Information Law, University of Amsterdam* (2003) 23 [URL: <http://www.ivir.nl/publications/other/DRM&levies-report.pdf>]

16. להרחבה בעניין זה ראו, מיכאל בירנהק, "השאלה ציבורית והעתקה פרטית" עיוני משפט כו (תשס"ד) 885, בעמ' 895.

17. שם, בעמ' 897.

18. ראו, ע"א 513/89 Interlego A/S נ' Exin-Lines Bros. S. A, פ"ד מח(4) 133, בעמ' 154, 160-167; ע"א 326/00 עיריית חולון נ' אן. אמ. סי. מוסיקה בע"מ, פ"ד נו(3) 658 (להלן: עניין עיריית חולון), בעמ' 671.

19. להרחבה על הגישה המכשירנית, ועל מטרות דיני זכויות היוצרים, ראו, גיבה אלקין-קורן, קניין רוחני בעידן המידע (משרד הביטחון, תשס"ה) 18.

משום שהוא מסיר את המחסומים הכלכליים עבור מעוטי יכולת, ומאפשר להם גישה ליצירות (באמצעות הקלטתן או העתקתן) בלא צורך בקנייתן במחיר מלא.²⁰ המחוקק לא הסתפק במתן פטור למעתיקים פרטיים, אלא גם קבע פיצוי לבעלי הזכויות, שכן בעלי הזכויות נפגעים מההיתר להעתקות פרטיות של יצירות מוגנות. אם באפשרותי להעתיק תקליט מסחרי כלשהו שנקנה על ידי חברי, התמריץ שלי לקנות אותו בכסף מלא יורד באופן דרסטי ובמיוחד כאשר העתקת התקליט זולה בהרבה מקנייתו.²¹ בדיוק מסיבה זו גולד ההסדר שמטרתו להתיר העתקה פרטית של יצירות מוגנות בד בבד עם מתן פיצוי לבעלי הזכויות, וזאת כדי שלא לפגוע פגיעה בלתי סבירה באינטרסים שלהם ובתמריצים שלהם ליצור. אילו לא היה ניתן פיצוי, הפטור למעתיקים פרטיים היה יוצר הפסד לבעלי הזכויות, שלא זו בלבד שהיו מוכרים פחות עותקים של יצירותיהם, הם גם לא היו מפוצים על כך. הפסד זה היה עלול לפגוע בצורה בלתי סבירה בתמריצים של יוצרים ואמנים ליצור ולהעשיר את עולם היצירות, ועל כן לפגוע במטרות אשר עומדות בבסיס דיני זכויות היוצרים. הפתרון לבעיה זו היה כאמור הסדר הפיצוי. יש לציין שסקרים שנעשו בנושא מלמדים שהציבור מקבל את המודל המתיר העתקה פרטית תמורת גביית היטל כלשהו, כשיטה ראויה לפיצוי בעלי הזכויות.²²

ראינו את ההצדקות למודל המתואר לעיל, מנקודת מבט הדוגלת בתפיסה המכשירנית. כדי להשלים את הדיון, יש לעיין בקצרה במודל זה גם מנקודת ראותן של מדינות המשפט הקונטיננטלי. במחשבה ראשונה, ניתן אולי לחשוב שלבאורה קיים פרדוקס מסוים. מרבית המדינות שקיבלו עליהן את המודל הקובע פטור להעתקות פרטיות והסדר לפיצוי בעלי הזכויות, הן דווקא מדינות המזוהות עם המשפט הקונטיננטלי.²³ נהוג לומר שמודל זה אף נולד בגרמניה, שהייתה הראשונה שיישמה אותו בשנות השישים. בהכללה, מדינות המשפט הקונטיננטלי לא אימצו את התפיסה המכשירנית לזכויות יוצרים שנדונה לעיל. הן רואות את זכות היוצרים כזכות טבעית ובסיסית של היוצר, אשר מגנה על האינטרסים של היוצרים,²⁴ ומצדיקות זאת באמצעות הפנייה לתיאוריות האישיות של הגל,²⁵ או

20. ראו, בירנהק (לעיל, הערה 16), בעמ' 898.

21. אם כי כאמור יש עוד תמריצים לקנות תקליטים מסחריים מקוריים ולא להסתפק בעותק צרוב. ראו, לעיל, הערה 11 והטקסט שלידה.

22. Gillian Davies and Michele E. Hung, *Music and Video Private Copying* (1993) 64. יש לציין שסקרים אלו נעשו בתחילת שנות ה-90, לפני שהאינטרנט נהפך לפופולרי, ולפני עידן שיתוף הקבצים.

23. למשל המדינות האלה: גרמניה, אוסטריה, פינלנד, צרפת, הולנד, ספרד, דנמרק, איטליה, בלגיה, יוון, פורטוגל, שוודיה ועוד.

24. ראו: Kevin Garnett, Jonathan Rayner James and Gillian Davies, *Copinger and Skone James on Copyright* (1999) 29.

25. לביתוח מודרני של תיאוריית האישיות של הגל, ראו את מאמרה המפורסם של: Margaret Jane Radin, "Property and Personhood", 34 *Stan. L. Rev.* (1982) 957.

לתיאוריית העבודה של לוק,²⁶ ואולם דווקא מדינות אלו אימצו ברובן את המודל המעניק פטור למעתיקים פרטיים ומטיל היטל על מדיה ריקה, מודל שהוא לכאורה זר, לפחות במידה מסוימת, לתפיסתן המקדשת את האינטרסים של היוצרים. לעומתן מדינות המשפט המקובל, אשר מחזיקות ברובן בתפיסה כלכלית-מכשירנית כפי שתוארה לעיל, לא מיהרו עד העת האחרונה לאמץ הסדרים דומים.

כיצד אפוא ניתן להסביר את העובדה שדווקא מדינות המשפט הקונטיננטלי היו הראשונות שיישמו בחוק את המודל המתואר? ההסבר נעוץ בגישת המשפט הקונטיננטלי לסוגיית ההעתקה הפרטית. הפטור למעתיקים פרטיים היה קיים באירופה עוד לפני שהיה קיים המודל המעניק פיצוי לאמנים. בגרמניה, לדוגמה, היה קיים בחוק פטור למעתיקים פרטיים עוד בתחילת המאה הקודמת.²⁷ הפטור נבע מתפיסה ריאליסטית שלא ניתן לאכוף את זכויות היוצרים בספירה הביתית והפרטית.²⁸ לבעל הזכויות לא הייתה שום אפשרות לאכוף את זכותו על מעתיקים ביתיים העושים זאת לצרכים פרטיים, והוא לא היה זכאי לפיצוי כלשהו. עם זאת, במהלך השנים ומשום העלייה במספר ההעתקות הפרטיות עקב התפתחויות טכנולוגיות, נתקלו המחוקקים האירופים בבעיה פילוסופית ומשפטית. מצד אחד, ביטול הפטור למעתיקים פרטיים יביא לידי התערבות המשפט בספירה הפרטית ולידי פגיעה אפשרית בזכות לפרטיות שהיא זכות יסוד חשובה. מצד אחר, ההגנות מחייבת לפצות את האמנים על כך שהציבור נהנה מיצירותיהם בלא תמורה.²⁹ ואכן, מתוך הבנה שלא ניתן לאכוף את זכות היוצרים על מעתיקים פרטיים מחד גיסא, ומתוך רצון מוסרי לפצות את האמנים על כך מאידך גיסא, נולד באירופה המודל המעניק פיצוי לאמנים בגין ההיתר להעתקה פרטית.³⁰

כאמור, ההתפתחויות הטכנולוגיות הן שיצרו את הצורך להסדיר את סוגיית ההעתקות הפרטיות. בארצות הברית, למשל, עד ראשית שנות התשעים לא היה מעוגן בחוק פטור למעתיקים פרטיים. לאחר מאבקים משפטיים שניהלו גורמים בתעשיית המוזיקה נגד חברות אשר הפיצו טכנולוגיה שאפשרה העתקות פרטיות,³¹ הושגה מעין פשרה וחוקק

26. ג'ון לוק, המכתב השניה על הממשל המדיני (מאגנס, תשי"ט) 22-23.

27. Andrew F. Christie, Article 15(2) *Literatururherberggesetz* (LUG) 1901, *Private Copying License and Levy Schemes: Resolving the Paradox of Civilian and Common Law Approaches*, Intellectual Property Research Institute of Australia, (2004). ראו: [URL: http://www.ipria.org/publications/workingpapers/Occasional%20pa_per%202.04.pdf].

28. Andrew F. Christie, "Private Copying License and Levy Schemes: Resolving the Paradox of Civilian and Common Law Approaches", *Intellectual Property in the New Millennium* (David Vaver and Lionel Bently — eds., 2004) 248, 251.

29. ראו, שם, בעמ' 255.

30. מודל זה הופיע בראשונה בגרמניה בשנת 1965. ראו: § 53 *Urheberrechtsgesetz* (UrhG) 1965. ניתן לצפייה באתר: [URL: <http://www.netlaw.de/gesetze/urhg.htm>].

31. נהוג לראות את תחילת המאבק בעניין זה בפסיקה המהווה אבן יסוד בתחום זכויות היוצרים

ב-1992 ה-Audio Home Recording Act (AHRA)³². חוק זה בועד להשיג שלושה יעדים מרכזיים. ראשית, הוא הסדיר בחוק את ייצורם ושיווקם של מוצרים המאפשרים הקלטות ביתיות, תוך הטלת הגבלות מסוימות; שנית, הוא התיר העתקה והקלטה ביתית של יצירות לשימוש פרטי; שלישית, הוא קבע הסדר לפיצוי בעלי הזכויות לפיו יצרנים ויבואנים של "ציוד הקלטה דיגיטלי" או "מדיות הקלטה דיגיטלית" ישלמו היטל לפי שיעורים שנקבעו בחוק.³³ חוק נוסף שחוקק בארצות הברית בשנת 1998, ה-Digital Millennium Copyright Act (DMCA)³⁴ הטיל הגבלות נוספות על העתקות פרטיות, ובעיקר העניק הגנה משפטית לאמצעים טכנולוגיים שנוקטו לשם מניעת העתקה של יצירות.³⁵ כאמור, הסדר מפצה אשר מעניק פטור להעתקה פרטית מחד גיסא ופיצוי כלשהו לאמנים מאידך גיסא, קיים בצורה זו או אחרת במדינות רבות (מחקר שנעשה בשנת 2001 מלמד שהסדרים כאלה קיימים לפחות ב-42 מדינות),³⁶ ואף מופיע באמנות בינלאומיות ובהסכמים אזוריים. לרוב, הפיצוי המשולם לבעלי הזכויות ממומן באמצעות היטל שנגבה מיצרנים ויבואנים של מוצרים המשמשים לצורכי העתקה פרטית. ואולם אין קונצנזוס לעניין ההתקנים שעליהם חלה חובת תשלום ההיטל. בחלק מהמדינות חובת תשלום ההיטל

בארצות הברית: *Sony Corp. of America v. Universal City Studios, Inc.* 464 U.S. 417 (1984) (להלן: עניין *Sony*). בפרשה זו תבעו אולפני "יוניברסל" (בשיתוף עם חברת "דיסני") את חברת "סוני" בעילה של הפרה תורמת של זכויות יוצרים, משום שהיא מייצרת מכשירי וידיאו (Betamax) אשר מאפשרים למשתמשים בהם להקליט תכניות טלוויזיה. בית המשפט פסק לטובת סוני, כאשר קבע את עקרון ה-"time shifting", אשר בא בגדר הגנת השימוש ההוגן, ואין בו הפרה של זכות היוצרים; לאחר פרשה זו, פתחו בעלי הזכויות במאבק משפטי נוסף נגד סוני, בעניין טכנולוגיית ה-DAT; *Cahn v. Sony Corp.* 90 Civ. 4537 (S.D.N.Y.; filed 9 July 1990). הטענה הייתה שבניגוד למסקנת בית המשפט בפרשה הקודמת, לפיה מכשיר הווידיאו משמש בעיקר ל-time shifting, הרי הטכנולוגיה החדשה מאפשרת יצירת "ספריות ביתיות" של יצירות מוגנות. עם זאת, במהלך הדיון בתביעה זו (ב-1992) חוקק ה-Audio Home Recording Act of 1992, שהיווה פשרה פוליטית, ועל כן התיק נסגר בהסכמת הצדדים, ראו להלן דיון בעניין *Sony* ובעקרון ה-time shifting, בפרק ג. 1.

32. Audio Home Recording Act of 1992. 17 U.S.C. Chapter 10 (להלן: *AHRA*).
33. "ציוד הקלטה דיגיטלי" ו"מדיות הקלטה דיגיטלית" הם תרגום חופשי לביטויים "Digital Audio Recording Device" ו-"Digital Audio Recording Media", המופיעים בחוק.
34. Digital Millennium Copyright Act of 1998 17 U.S.C. Chapter 12 (להלן: *DMCA*).
35. כדוגמה לאמצעי טכנולוגי שנועד להגן מפני העתקות, ניתן להביא את מערכת Janus לניהול זכויות דיגיטליות (DRM), אשר משולבת בתוך נגן המדיה Microsoft Windows Media Player 10. בכלליות, המערכת תאפשר, תמורת דמי מנוי, שמיעה של שירים באמצעות נגן המדיה בלי שיהיה ניתן לצרוב אותם על גבי תקליטורים. משיפקע המנוי, המערכת לא תאפשר עוד גישה לתכנים. למידע טכני והרחבה על מערכת ה-DRM לעיל, ראו: Hugenholtz (לעיל, הערה 15) בעמ' 13.

חלה על מכירת מדיה ריקה בלבד, ואילו במדינות אחרות חובת התשלום חלה גם על מכירת מכשירים המשמשים להעתקה.

סעיף 15(א) לאמנת רומא קובע שהמדינות החברות רשאיות לקבוע את השימוש הפרטי כחריג לזכות היוצרים.³⁷ סעיף 9 לאמנת ברן קובע שלמדינות החברות יש סמכות להתיר שכפול/הקלטה של יצירות במקרים מיוחדים ובתנאי שהוא אינו פוגע באופן בלתי סביר באינטרסים של היוצרים.³⁸ סעיף 10 ל-WIPO Copyright Treaty (WCT). מתיר למדינות החברות, שהן צד לאמנה, לחוקק חריגים, ואף מפנה לאלה שצוינו באמנת ברן.³⁹ נוסח דומה ניתן למצוא בסעיף 13 להסכם TRIPS ("מבחן שלושת השלבים").⁴⁰ גם סעיף 5.2(b) לדירקטיבה האירופית לזכויות יוצרים מתיר למדינות לקבוע פטור למעתיקים פרטיים, תמורת פיצוי הולם לבעלי הזכויות.⁴¹

2. ההסדר הקיים וההסדר המוצע

סעיף 33 לפקודת זכות יוצרים, 1924 (להלן: הפקודה) קובע שהעתקה פרטית שאינה לצורכי מסחר לא תיחשב להפרה של זכות היוצרים.⁴² סעיף 33 לפקודה קובע את ההסדר המכונה "גמול קלטות ריקות". לפי הסדר זה, מוטל על הממשלה לפצות את בעלי הזכויות על אבדן ההכנסה והפגיעה בזכויותיהם, הנגרמת להם בשל אותו היתר להעתקה פרטית. הפיצוי האמור הוא סכום ששיעורו עד 5% מהמחיר של סך כל הקלטות שנמכרות בישראל

37. International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organizations (Rome Convention, 1961). ראו: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/rome/pdf/trtdocs_wo024.pdf

38. Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works (1971). ראו: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/berne/pdf/trtdocs_wo001.pdf

39. WIPO Copyright Treaty (WCT) (1996). ראו: http://www.wipo.int/treaties/en/ip/wct/pdf/trtdocs_wo033.pdf

40. TRIPS Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights. ראו: http://www.ebu.ch/CMSImages/en/leg_ref_wto_agreement_trips_151293_tcm6-4415.pdf

41. Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the Harmonisation of Certain Aspects of Copyright and Related Rights in the Information Society. ראו: http://europa.eu.int/information_society/eeurope/2005/all_about/digital_rights_man/doc/directive_copyright_en.pdf

42. הסעיף מדבר על טביעה או שעתוק של יצירה על גבי קלטת, אולם מהגדרת המונח "קלטת" בסעיף 33 עולה שמדובר גם בהתקנים אחרים כגון תקליטורים, ולמעט התקן המיועד לשימוש במחשב. כך גם נקבע על ידי בית המשפט העליון בעניין עיריית חולון ולעיל, הערה 18, בעמ' 661. לביקורת על קביעה זו ראו, אסף יעקב, "משפט אנלוגי בעולם דיגיטלי: על ספריות ציבוריות והעתקה פרטית", עיוני משפט כו (תשס"ג) 367, בעמ' 385.

לשימוש פרטי, והוא אמור להיות מועבר מדי שנה לידי חברות התמלוגים.⁴³ סכום הפיצוי אמור להיקבע על ידי ועדה שתכלול את נציג שר האוצר, נציג שר המשפטים ונציג שר החינוך, התרבות והספורט.⁴⁴ הפקודה אינה קובעת במפורש כיצד על חברות התמלוגים לחלק את כספי הפיצוי, אולם נקבע שבית המשפט יכריע במקרים של סכסוך.⁴⁵ סעיף 13 לפקודה קובע ששר החינוך, התרבות והספורט רשאי, בהתייעצות עם שר המשפטים, להתקין תקנות לביצוע הפקודה.

ההסדר הקיים בפקודה קובע אפוא פטור למעתיקים פרטיים ומטיל על הממשלה לפצות את בעלי הזכויות מתקציבה, בסכום ששיעורו עד המישה אחוזים מהמחיר של סך כל הקלטות (הכוונה למדיה ריקה) שנמכרו בישראל לשימוש פרטי. וכיצד נקבע מהו סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי? ועדה, שהרכבה נקבע בפקודה, אמורה לקבוע את הסכום.

הסדר זה מעלה כמה בעיות. הראשונה היא ההגדרות המיושנות הכלולות בו. הפקודה מדברת, למשל, רק על טביעה או שעתוק על גבי קלטת. פרשנות לשונית בלבד של הגדרה זו עלולה להביא לידי כך שההסדר לא יחול על מקרים שבהם ההעתקה הפרטית מתבצעת על גבי מדיה דיגיטלית.⁴⁶ בעיה נוספת, העולה מן ההסדר הקיים, היא שהפיצוי לאמנים אמור להיות משולם מתקציב הממשלה. לאחר שבמשך כמה שנים לא הועבר כל סכום, בשנת 2000 הוציעה ועדה בראשות משרד המשפטים להעביר לבעלי הזכויות סכום של מיליון ומאתיים אלף ש"ח (סכום זה נקבע על פי נתוני המכירה של קלטות אנלוגיות בלבד).⁴⁷ לשם השוואה, דו"ח שהוגש לוועדת המשנה של ועדת הכלכלה לעניין חישוב תמלוגים לבעלי זכויות יוצרים ומבצעים בראשות חברת הכנסת מלי פולישוק-בלוך, קבע שאילו היה מיושם בארץ החוק הצרפתי (חוק אשר מכיל הסדר דומה במהותו לזה המוצע בתזכיר, שאותו נפרט בהמשך), גמול הקלטות הריקות בישראל היה עומד על כשלושים וחמישה מיליון ש"ח (לעומת כ-1.2 מיליון ש"ח כיום).⁴⁸ מכל מקום, אף שההסדר קיים מאז שנת 1996, עדיין לא הוצעו או הועברו סכומים משמעותיים מתקציב הממשלה לחברות התמלוגים.

43. חברות התמלוגים מוגדרות בסעיף 3 לפקודת זכות יוצרים, כתאגיד המייצג את מרבית בעלי הזכויות.

44. סעיף 3(ד) לפקודת זכות יוצרים.

45. סעיף 3 לפקודת זכות יוצרים.

46. אף שכאמור פירש בית המשפט סעיף זה כהל גם על התקנים דיגיטליים כגון תקליטורי CD (ראו לעיל, הערה 42 והטקסט שלידה).

47. גרינמן (לעיל, הערה 5), בעמ' 212.

48. ניתן לקרוא את המסמך באתר: [URL: http://www.knesset.gov.il/mmm/data/pdf/m00902.pdf]. להרחבה ראו, גם את הפרוטוקולים של הדיונים הרלוונטיים בוועדות הכלכלה של הכנסת באתר: [URL: http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2004-10-19.html] [URL: http://www.knesset.gov.il/protocols/data/html/kalkala/2004-03-23-02.html]

באחרונה התבשרנו על הצעת חוק זכות יוצרים (להלן: הצעת החוק), אשר באה להחליף את ההקיקה הקיימת והמיושנת,⁴⁹ אולם גם בהצעת החוק מוצע להשאיר על כנו את ההסדר של גמול קלטות ריקות, עד להשלמת חקיקה נפרדת.⁵⁰ ואכן, בשנת 2004 פרסם משרד המשפטים את תזכיר חוק זכות יוצרים (העתקה פרטית),⁵¹ שמטרתו להסדיר עניין זה ולהחליף את ההסדר הקיים.⁵² לפי ההסדר המוצע בתזכיר, יינתן פטור למעתיקים פרטיים של תקליטים מסחריים, אולם יוטל היטל על יבואנים ויצרנים של "התקנים חייבים",⁵³ כאשר הכוונה למדיה ריקה המשמשת בדרך כלל להעתקה פרטית של תקליטים מסחריים.⁵⁴ הגדרה זו עדיפה מההגדרה הקודמת כיוון שהיא אינה תלויה טכנולוגיה והיא מאפשרת גמישות רבה יותר בקביעת ההתקנים שיכללו במסגרת ההסדר. (אם כי ההגדרה החדשה היא עמומה ובדברי ההסבר לה נכתב שהיא מכוונת אך ורק למדיה ריקה כגון תקליטורים לצריכה וכדומה).⁵⁵

לפי התזכיר, סוגי ההתקנים החייבים בהיטל ושיעור ההיטל על כל התקן ייקבעו על ידי ועדה שירכיב שר המשפטים,⁵⁶ אשר יהיו חברים בה נציג משרד האוצר, נציג משרד החינוך, התרבות והספורט ונציג משרד המשפטים.⁵⁷ הקביעה תתבסס בין היתר על מידת השימוש בהתקן לצורך העתקה פרטית של תקליטים,⁵⁸ ומכל מקום שיעור ההיטל יהיה עד המישה אחוזים מהמחיר לצרכן של ההתקן האמור.⁵⁹ את מידת השימוש בהתקן להעתקה פרטית תקבע הוועדה בהתבסס על סקרים שהיא רשאית לערוך בנוגע להיקף ההעתקות הפרטיות וההתקנים המשמשים להן.⁶⁰ לפי המוצע בתזכיר, התשלום יועבר מדי שנה לידי חברות

49. הצעת חוק זכות יוצרים, תשס"ה-2005, ה"ח 1116 (להלן: הצעת החוק).
50. סעיף 70 להצעת החוק קובע סעיפים 1 עד 3א ו-13 עד 15 לפקודה – בטלים. בדברי ההסבר לסעיף נכתב: "מוצע כי סעיפים 3ב עד 3ג לפקודת זכות יוצרים יישארו בשלב זה בתוקפם, עד להסדרת נושא ההעתקה הפרטית בחקיקה נפרדת הנמצאת בשלבי הכנה".
51. לעיל, הערה 1.
52. ההסדר המוצע בתזכיר אמור היה להשתלב בתזכיר חוק זכות יוצרים, שפורסם על ידי משרד המשפטים ב-16 בנובמבר 2003. בינתיים נהפך תזכיר חוק זכויות יוצרים, להצעת חוק זכויות יוצרים, אשר במועד כתיבת הערה זו, כבר אושרה בכנסת בקריאה ראשונה.
53. סעיף 17ג לתזכיר.
54. הגדרת "התקן חייב" נמצאת בסעיף 17א לתזכיר, וזו לשונה: "התקן חייב" – התקן שעליו מעתיקים בדרך כלל תקליטים מסחריים למטרה פרטית, מסוג שקבע השר...".
55. ראו דיון להלן, בפרק ג.2, אשר דן בביקורת על ההסדר המוצע.
56. סעיף 17ה לתזכיר.
57. סעיף 17ד לתזכיר.
58. סעיף 17ה(2) לתזכיר.
59. סעיף 17ה(3) לתזכיר.
60. סעיף 17ד(ב) לתזכיר.

התמלוגים,⁶¹ בניכוי הוצאות הגבייה ועלות עריכת הסקרים.⁶² כן נקבע ששר המשפטים, בהתייעצות עם שר החינוך, התרבות והספורט, יהיה רשאי לקבוע כללים לפעולתן של חברות התמלוגים ולחלוקת כספי הגמול.⁶³

בתמצית, ההסדר המוצע בא לשנות את המצב כיום, לפיו הגמול המשולם לבעלי הזכויות בגין העתקה פרטית ממומן מתקציב הממשלה, למצב שבו הגמול ימומן באמצעות גבייה ייעודית של ההיטל על ידי הממשלה מיצרנים ויבואנים של התקנים חייבים. שינוי זה הוא מבורך בעיניי, כיוון שהוא יבטיח בצורה טובה יותר שכספי הפיצוי אכן יגיעו לידי האמנים. מצב, שבו הפיצוי ממומן בצורה מסודרת באמצעות היטל שנקבע בחוק, עדיף לאין שיעור ממצב שבו הפיצוי תלוי בכספים שאמורים להיות מועברים מתקציב הממשלה.

בדברי ההסבר לתזכיר מודגשות כמה נקודות, שאותן אפרט להלן: לפי הגדרת 'התקן חייב', הכוונה היא אך ורק למדיה ריקה ולא למכשירים המשמשים להעתקה כגון צורבים. בנוסף, התזכיר קובע פטור למעתיקים ביתיים רק במקרים שבהם מועתק תקליט מסחרי או חלק ממנו על גבי התקן חייב למטרות פרטיות.⁶⁴ מכאן שאין פטור להעתקה פרטית המתבצעת על התקן שאיננו "התקן חייב". מלשון דברי ההסבר לתזכיר⁶⁵ עולה בבירור שהכוונה היא אך ורק ליצירות מוזיקליות והתזכיר אינו מטפל ביצירות אור-קוליות.⁶⁶

ג. ביקורת על ההסדר המוצע

עד כה דנתי בכלליות בהעתקה פרטית וברציונל העומד בבסיס ההסדר אשר פוטר מעתיקים פרטיים מחד גיסא ומעניק פיצוי לאמנים מאידך גיסא. כן סקרתי את ההסדר הקיים ואת ההסדר המוצע, תוך הדגשת ההבדלים העיקריים ביניהם. כעת אעבור לבחינה ביקורתית של ההסדר המוצע בתזכיר. בפרק זה אעלה כמה נקודות שהן בעייתיות לדעתי ואציג הצעות לשיפור.

התזכיר מעלה סוגיות שונות ומגוונות. ראשית, האם הסדר מהסוג הנדון לעיל הוא בכלל הסדר ראוי? אפשר להעלות טענה שיש לכטל לחלוטין את ההיתר שניתן למעתיקים פרטיים, או לחלופין להשאיר על כנו את ההיתר ולבטל את הפיצוי שניתן לבעלי הזכויות. גראה לי, בהתבסס על הדיון בפרק הקודם, שאין מנוס ממתן פטור למעתיקים פרטיים. כאמור, פטור זה משרת מטרות רבות וביטולו יגרור תופעות בלתי רצויות. כן אני סבור שמוצדק לתת פיצוי לבעלי הזכויות במסגרת ההסדר. כפי שציינתי לעיל, אימתן פיצוי

61. חברות התמלוגים מוגדרות בסעיף 117 לתזכיר.

62. סעיף 17ג(ג) לתזכיר.

63. סעיף 117 לתזכיר.

64. סעיף 17ב לתזכיר.

65. בדברי ההסבר לסעיף 17א לתזכיר כתוב: "... נדרש שבדרך כלל העתקות פרטיות של תקליטים נעשות על גבי מדיה זו, וזאת להבדיל מהעתקות פרטיות של יצירות אחרות".

66. בסעיף 1 להצעת החוק מוגדר תקליט כ"טביעה של צלילים, למעט טביעה של צלילים ביצירה קולנועית".

עלול להביא לידי פגיעה בתמריצים של האמנים ליצור, עקב ירידה משמעותית במכירת אלבומים מקוריים. באמצעות מתן פיצוי לבעלי הזכויות, אנו למעשה מקדמים את אותן מטרות שלשמן ניתן הפטור למעתיקים פרטיים, תוך פגיעה מזערית במידת האפשר בבעלי הזכויות.

עם זאת, אין להתעלם משאלה אחרת, והיא מידת התאמתו של ההסדר הנדון לעידן האינטרנט. שאלה זו מתקשרת לביקורת שתידון בהמשך, בדבר התעלמות ההסדר מסוגיות שיתוף הקבצים באינטרנט. בתמצית, השאלה היא באיזו מידה ההסדר עדיין רלוונטי בעידן שבו כמות ההעתיקות וההקלטות הביתיות מתגמדת לעומת התופעה של הורדה בלתי חוקית של יצירות מוגנות דרך רשתות שיתוף הקבצים. שאלה זו, כפי שאציין בהמשך, מעוררת בעיות רבות ולא אדון בה כאן בהרחבה.

נקודה נוספת, שברצוני להדגיש, היא שההערות שלהלן יתייחסו בעיקר להיבט דיני הקניין הרוחני של התוכיר, ואינן עוסקות (אלא בקצרה) בשאלות המיסוי הייעודי, המחייבות דיון נפרד כחלק ממדיניות המיסוי הכללית בישראל.

בתת-הפרק הראשון אתייחס לסוגי היצירות אשר נכללים בהסדר המוצע בתוכיר, ואבקר את העובדה שיצירות אור-קוליות אינן נכללות בו. בתת-הפרק השני אתייחס לסוגי ההתקנים שעליהם חל ההסדר, ולכך שלא ברור אם הוא חל, לדוגמה, על כרטיסי זיכרון או כוננים קשיחים המובנים בתוך נגני MP3. בתת-הפרק השלישי אתייחס לכך שאין חריגים מפורשים להסדר, ואציע כמה הצעות לשיפור. לבסוף, תת-הפרק הרביעי דן בהיעדר התייחסות בתוכיר לסוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט.

1. סוגי היצירות שעליהן חל ההסדר

ההסדר המוצע בתוכיר מתייחס רק ליצירות מוזיקליות, כיוון ש"התקן חייב" יכול להיות רק התקן המשמש להעתיק "תקליטים מסחריים", ואלו, על פי הגדרתם, כוללים רק יצירות מוזיקליות.⁶⁷ כלומר ההסדר אינו חל על יצירות אור-קוליות כגון סרטים, קליפים מוזיקליים וכדומה.⁶⁸

לפני שנדון בהסדר עצמו, עלינו לשאול את עצמנו האם יש הצדקה להעניק פטור למעתיקים פרטיים של יצירות אור-קוליות. טכנולוגיה המאפשרת העתקה פרטית של יצירות אור-קוליות בפורמטים שונים, זמינה כיום בבתים רבים בישראל. כל שדרוש לי כדי להעתיק סרט DVD כלשהו, הוא מחשב אישי בעל ביצועים סבירים, אשר מכיל כונן וצורב התומכים בפורמט DVD. המדיה המשמשת לכך – תקליטורי DVD – זמינה אף היא כמעט בכל חנות המוכרת ציוד מחשוב או ציוד משרדי. ניתן אף להעתיק סרט DVD תוך שימוש בתקליטורי CD רגילים, וזאת באמצעות המרת הפורמט בעת צריכת הסרט.⁶⁹

67. ראו דיון בפרק ב, הערה 65, והסקסט שלידה.

68. בעניין המושג "יצירות אור קוליות", ראו לעיל, הערה 5.

69. ניתן לאחסן סרטים בתקליטורים תוך שימוש בפורמטים שונים המיועדים לכך כגון VCD, Mpeg וכדומה.

זמינות הטכנולוגיה, והקלות שבה ניתן להעתיק יצירות אור־קוליות, מביאה לידי כך שכשל השוק שבו דנתי בפרק הקודם, כאחת הסיבות לפטור הניתן למעתיקים פרטיים, מתקיים גם במקרה של יצירות אלו. מגבלות האכיפה קיימות באותה מידה, וכך גם כל הכשלים המתלווים אליהן. זאת ועוד, גם באשר ליצירות אלו, הגישה המכשירנית תראה בהעתקה הפרטית פעולה רצויה, המאפשרת את הגדלת הגישה ליצירות השונות, ועשיית שימושים יצירתיים בהן. לאור זאת נראה שיש הצדקה להחיל את הפטור להעתקה פרטית, גם על יצירות אור־קוליות.

ואכן, בית המשפט העליון בארצות הברית נדרש לסוגיה זו בעניין *Sony*, בו קבע למעשה פטור (חלקי) בנוגע להעתקה ביתית לשימוש פרטי של יצירות אור־קוליות.⁷⁰ כאמור, בפרשה זו נתבעה חברת *Sony* לפי עילה של הפרה תורמת של זכויות יוצרים, משום שייצרה ושיווקה מכשירי ווידיאו, המאפשרים הקלטה של תכניות טלוויזיה. בית המשפט אישר את המשך השימוש במכשיר הווידיאו וטבע את עקרון ה-*time shifting*, לפיו הקלטות ביתיות למטרות צפייה בתכניות בשעה מאוחרת יותר משעת שידורן המקורית הן מותרות וכלולות בהגנה של "שימוש הוגן".⁷¹ עיקרון זה נקבע משום חוסר האפשרות הריאלית לאכוף את האיסור להעתיק יצירות, ובשל סיבות אחרות כגון אופיו הלא מסחרי של השימוש וכדומה.

סעיף 19 להצעת החוק עוסק ב"שימוש הוגן".⁷² בסעיף 19(א) מופיעה רשימה פתוחה של מטרות אשר כל אחת מהן מהווה שימוש הוגן ביצירה המוגנת בזכויות יוצרים. סעיף 19(ב) הלך בעקבות החקיקה האמריקנית,⁷³ וקבע ארבעה שיקולים שיש להתחשב בהם בעת בחינת הגינות השימוש. במסגרת שיקולים אלו נבדקים אופיו של השימוש ביצירה, מטרת השימוש ועוד. אלו אותם שיקולים אשר מופיעים גם בחוק האמריקני, ובהתבסס עליהם קבע בית המשפט העליון בארצות הברית שמותר למעתיקים ביתיים להעתיק תכניות טלוויזיה לשימושם הפרטי. האם ניתן להסיק מכך שהעתקה של יצירות אור־קוליות מהווה, במקרים המתאימים, שימוש הוגן ונובעת ישירות מעקרון ה-*time shifting*? המשמעות של טענה זו היא שמכוח הגנת השימוש ההוגן (ובישראל: טיפול הוגן), כבר יש פטור להעתקה פרטית של יצירות אור־קוליות, ואין סיבה להכלילה במסגרת ההסדר המעניק פיצוי לאמנים. אולם לדעתי טענה זו שגויה. האם פטור זה הל גם על העתקה פרטית של תקליטור DVD שהמעתיק רכש והוא מעוניין ליצור עותק נוסף ממנו? התשובה היא כנראה שלילית. בעניין *Sony* דובר על *time shifting*, שהרעיון העומד במרכזו הוא הקלטה לשם צפייה בתכנית בשעה מאוחרת יותר מהשעה שבה שודרה, ואולם משרכש אדם סרט ווידיאו או תקליטור DVD, הוא יכול לצפות בהם בכל עת, ואין לו מגבלה של זמן שידור זה או אחר. מכאן שעקרון ה-*time shifting* אינו מספק מענה על סיטואציה זו. שאלה נוספת היא אם עקרון

70. ראו, לעיל, הערה 31.

71. הגנת "שימוש הוגן" מאפשרת למי שאינו בעל זכות היוצרים להשתמש ביצירה, אף בלא הסכמת בעל זכות היוצרים, בהתקיים תנאיה.

72. סעיף 19(ב) להצעת החוק

73. ראו את דברי ההסבר לסעיף 19(ב) להצעת החוק, בעמ' 1126.

ה-time shifting יחול על מקרה שבו אדם מעוניין ליצור לעצמו ספרייה ביתית של סרטים, תכניות טלוויזיה וכדומה. גם במקרה זה עקרון ה-time shifting אינו יכול לתת מענה. לפיכך לא ניתן לומר שהפטור להעתקות פרטיות של יצירות אור-קוליות נובע ישירות מהגנת השימוש ההוגן, או מעקרון ה-time shifting שנקבע בארצות הברית. ואולם גם אם ההעתקה הפרטית היא בבחינת שימוש הוגן, עדיין יש לשלם פיצוי לבעלי הזכויות באותן יצירות. עלינו לשאול עצמנו מדוע יופלו בעלי הזכויות ביצירות אור-קוליות לעומת בעלי הזכויות ביצירות מוזיקליות, ולא יקבלו פיצוי עבור העתקה פרטית של יצירותיהם. הרציונל העומד בבסיס ההסדר המוצע הוא פיצוי בעלי זכויות היוצרים על אבדן הכנסות ופגיעה בזכויות, הנגרמים להם בשל העתקה פרטית של יצירותיהם. רציונל זה מתקיים גם כאשר מדובר ביצירות שאינן מוזיקליות בלבד, כגון יצירות אור-קוליות (סרטים, קליפים מוזיקליים וכדומה). על כן, איני רואה כל סיבה מדוע לא יפוצו בעלי הזכויות גם על העתקה פרטית של יצירות אור-קוליות, בדומה לפיצוי הניתן על יצירות מוזיקליות. ההסדר צריך לחול גם על העתקה פרטית של יצירות אלו.

2. ההתקנים החייבים במסגרת ההסדר

התזכיר מגדיר "התקן חייב" כ"התקן שעליו מעתיקים בדרך כלל תקליטים מסחריים למטרה פרטית...".⁷⁴ בדברי ההסבר מודגש שמדובר אך ורק במדיה ריקה כגון קלטות אנלוגיות, דיסקים לצריבה וכדומה.⁷⁵ אמנם הגדרה זו רחבה כדי לכלול בתוכה את כל סוגי המדיה הריקה, כגון תקליטורי DVD⁷⁶ או MiniDisk⁷⁷ אך לא ברור אם היא כוללת אמצעים טכנולוגיים אחרים, אשר משמשים תכופות להעתקה פרטית של תקליטים מסחריים. לדוגמה, לא בטוח שנכללים במסגרת ההסדר התקנים כגון נגני מדיה דיגיטליים,⁷⁸ אשר

74. סעיף 17 לתזכיר.

75. בדברי ההסבר לסעיף 17 לתזכיר נכתב: "הגדרת 'התקן חייב' נועדה לבטא כלל מהותי לפיו ההתקן שעליו חל ההסדר הקבוע בחוק, הינו מסוג של מדיה בלבד, כגון קלטות אנלוגיות, דיסקים לצריבה וכדומה...".

76. Digital Versatile Disk (DVD) - תקליטורים אופטיים בעלי אותם ממדים פיזיים כמו תקליטורי CD, אולם בעלי יכולת אחסון נתונים גבוהה בהרבה. הם יכולים לאחסן נתונים מכל סוג ולחלקם יש נפח אחסון נתונים הגדול פי 28 מיכולת האחסון של תקליטור CD.

77. MiniDisc (MD) - תקליטורים אופטיים המשמשים לאחסון נתונים מכל סוג, כאשר לרוב נעשה בהם שימוש לאחסון קבצי אודיו. תקליטורים אלו הם חלק מטכנולוגיה אשר הוצגה לראשונה על ידי חברת Sony בשנת 1991.

78. נגני מדיה דיגיטליים הם התקנים המשמשים לאחסון, ארגון וניגון קבצי מדיה דיגיטליים, כאשר לרוב הכוונה היא לקבצי אודיו. נגנים אלו ידועים גם בשם "נגני MP3" עקב התפוצה הגדולה של פורמט MP3 לקבצי אודיו, בעיקר ברשת האינטרנט ובפרט ברשתות שיתוף הקבצים.

משתמשים בויכרונות Flash,⁷⁹ או כאלו המשתמשים בכוננים קשיחים (למשל, גגן iPod של חברת Apple), שעליהם ניתן להעתיק כמות רבה של יצירות מוגנות. כוננים ניידים ונגני מדיה ניידים המשתמשים בכרטיסי זיכרון מסוג Flash לצורך אחסון מדיה, נמצאים כבר היום בשימוש נרחב בישראל, והם מתפתחים, משתפרים ונהפכים לזמינים וזולים יותר במרוצת הזמן. אין ספק שהם משמשים להעתקה פרטית של תקליטים מסחריים, והם מספקים שלל יתרונות למעתיקים, העולים על אלה הקיימים במדיה ריקה כגון תקליטורי CD. הם מתחברים למחשב באמצעות חיבור USB אשר קיים היום כמעט בכל מחשב, ומתפקדים ככונן נוסף.⁸⁰ המשתמש בהם יכול להעתיק ולמחוק קבצים כרצונו, כמעט בלא הגבלה, והוא יכול לעשות זאת בצורה נוחה בלי להזדקק להתקנים כגון צורבים. לעומתם, כדי להעתיק (או ליתר דיוק לצרוב) קבצים על תקליטורי CD, יש צורך בצורב, ולרוב ניתן "לכתוב" עליהם רק פעם אחת,⁸¹ דבר אשר הופך אותם לחד-שימושיים. יתרון נוסף שמספקים נגני המדיה הניידים הוא נפח זיכרון. אך לפני שנים מספר, רוב הנגנים המבוססים על זיכרונות Flash היו בנפח של 128Mb-256Mb. והיום נמכרים גם נגנים בנפח של מעל 2Gb (בערך 2000Mb), ונגנים אשר משתמשים בדיסקים קשיחים מגיעים גם ל-80Gb ויותר.⁸² לשם השוואה, תקליטור ה-CD הנפוץ, הוא בנפח של 700Mb. לבסוף, נגני מדיה ניידים נמכרים עם חיבור לאוזניות או רמקולים, והם מאפשרים למשתמש להאזין במישרין למוזיקה, בקלות ובנוחות, באמצעות ממשק נוח ופשוט לשימוש. השילוב של זמינות, נפח זיכרון רב, נוחות שימוש ואפשרות להעתיק ולמחוק קבצים כמעט בלא הגבלה, הופך את נגני המדיה הניידים לעדיפים בהרבה, בכל הקשור להעתקה פרטית ממדיה ריקה כגון תקליטורים. לדעתי, יש ליצור הגדרה ברורה ורחבה אשר תאפשר לראות גם במכשירים אלו "התקנים חייבים", כהגדרתם בתזכיר. ההגדרה צריכה להיות גמישה במובן זה שהיא תאפשר לקבוע אילו התקנים ייחשבו להתקנים חייבים. לדוגמה, ניתן לקבוע שכוננים קשיחים המיועדים להתקנה במחשבים אישיים לא ייחשבו להתקן

79. זיכרון Flash הוא כרטיס זיכרון המאפשר כתיבה חוזרת ונשנית. הוא נחשב לעמיד יחסית מפני פגיעות וזעזועים ואינו מאבד את המידע השמור עליו גם כאשר הוא אינו מחובר למקור חשמל. תכונות אלו הופכות אותו לשימושי מאוד בהתקנים ניידים כגון כונני Flash (ידועים גם כ-Disk On Key).

80. Universal Serial Bus (USB) – בלי להיכנס להגדרה מדויקת מבחינה טכנית, USB הוא התקן מאוחד לתקשורת נתונים סדרתית בין מחשבים, או בין מחשב להתקנים חיצוניים התומכים בהתקן זה. מרבית כונני ה-Flash ונגני המדיה כיום משתמשים בטכנולוגיה זו, כדי לאפשר למשתמשים תקשורת נוחה ואחידה בין אותם התקנים למחשב.

81. יש לציין שקיימים בשוק גם דיסקים Re-Writable שניתן לכתוב עליהם מספר רב של פעמים, אולם לפי שעה אלו יקרים יותר ונפוצים פחות.

82. Mega-Byte ו-Giga-Byte הן אמות מידה אשר מבטאות נפח זיכרון (אשר נמדד בכתיים – Bytes). להסבר על אודות נפח זיכרון ואמות מידה כגון Mega-bytes ו-Giga-Bytes, ראו: [URL: http://en.wikipedia.org/wiki/Hard_disk#.22Marketing.22_capacity_versus_true_.capacity].

חייב, אולם כוננים קשיחים וזיכרונות Flash, המקובעים בתוך נגני מדיה ניידים, כן ייחשבו להתקן חייב. הדבר יהייב כמובן בדיקה של כל התקן בנפרד כדי לקבוע אם הוא ייחשב להתקן חייב, אם לאו, ואת שיעור המס שיוטל על כל התקן חייב. (הוועדה תצטרך, למשל, להחליט אם לקבוע כהתקן חייב רק מכשיר המוגדר כנגן ונמכר עם כלים המאפשרים השמעת מוזיקה, כגון חיבור לאוזניות, להצגים וכיוצא באלה, או שהיא כוללת בהגדרה כונני Flash פשוטים, אשר מאפשרים הקלטה פרטית, אולם לא ניתן לשמוע באמצעותם מוזיקה במישרין.)

בהקשר זה ראוי ללמוד מהניסיון הקנדי. בחוק הקנדי⁸³ קיים הסדר דומה לזה המוצע בתזכיר, אך ישנם כמה הבדלים מהותיים ביניהם. העתקה פרטית של יצירות מוגנות מותרת על פי החוק הקנדי. בתמורה, ניתן לבעלי הזכויות פיצוי כספי, אשר ממומן באמצעות היטל המוטל על יצרנים ויבואנים של מדיה ריקה המשמשת בדרך כלל להעתקה פרטית. החוק מסמיך את ה-Copyright Board, גוף אשר אחראי לאספקטים רבים הקשורים לתשלום תמלוגים בתחום זכויות היוצרים, לקבוע את סוגי ההתקנים שעליהם יחול ההסדר ואת תעריף ההיטל שיוטל על כל התקן.⁸⁴ לצורך גביית הגמול המשולם על ייצור וייבוא של התקנים חייבים וחלוקתו, הסמיך ה-Copyright Board אגודה ללא מטרת רווח, המכונה The Canadian Private Copying Collective (CPCC), אשר זהו תפקידה.⁸⁵ בדצמבר 2003 פרסם ה-Copyright Board מסמך אשר קובע את סוגי ההתקנים החייבים, ואת התעריף אשר נקבע לכל התקן, לשנים 2003 ו-2004.⁸⁶ במסמך זה נקבע שיוטל מס גם על ייצור וייבוא של "Non-Removable Memory Permanently Embedded in a Digital Audio Recorder", או בתרגום חופשי: זיכרון קבוע ובלתי ניתן לפירוק, אשר נמצא בתוך מכשיר המשמש להקלטה דיגיטלית של אודיו. הכוונה הייתה להגדיר נגני MP3, אשר משתמשים בזיכרון Flash או בדיסק קשיח, כהתקנים החייבים בתשלום היטל. התעריף לכל התקן נקבע ביחס ישיר לכמות המידע שניתן לאחסן עליו.⁸⁷ בהתאם למסמך זה, החל ה-CPCC לגבות את ההיטל גם עבור התקנים אלו, לפי התעריף שנקבע. בתגובה על מהלכים אלו, עתרו יצרנים ויבואנים של נגני MP3, ובהם חברות כגון Apple, Dell, Hewlett-Packard, Wall-Mart ו-Best-Buy לבית המשפט הפדרלי בקנדה, בטענה שההחלטה אינה הוגנת.⁸⁸ בית המשפט קיבל את העתירה, וקבע שלא הייתה ל-Copyright Board סמכות לקבוע שהתקנים אלו חייבים בתשלום היטל.⁸⁹ עם זאת, בית המשפט ציין שהוא רואה בחיוב את הרעיון

83. Part VIII of the Canadian Copyright Act (R. S. 1985, c. C-42).

84. ראו: [URL: <http://www.cb-cda.gc.ca>].

85. ראו: [URL: <http://www.cb-cda.gc.ca/aboutus/mandate-e.html>].

86. ראו: [URL: <http://www.cb-cda.gc.ca/decisions/c12122003-b.pdf>].

87. התעריף שנקבע עבור ההתקנים היה שני דולר לנפח זיכרון של עד 1GB, 15 דולר לנפח זיכרון של 1GB-10GB, ו-25 דולר לנפח זיכרון הגדול מ-10GB (הסכומים רשומים בדולרים קנדיים).

88. *Canadian Private Copying Collective v. Canadian Storage Media Alliance* 2004 FCA 424.

89. שם, פסקה 48.

של הטלת ההיטל על נגני MP3, אך שלא ניתן לעשות זאת לפי לשון החוק.⁹⁰ בעקבות פסק הדין הגיש ה-CPCC בקשת רשות ערעור לבית המשפט העליון של קנדה, בנימוק שההתפתחות הטכנולוגית שינתה את הדרך שבה אנשים מבצעים העתקות פרטיות, והחוק חייב להתאים את עצמו למציאות זו, ואולם בית המשפט העליון החליט שלא לדון בערעור, ובכך השאיר את החלטת בית המשפט הפדרלי על כנה.⁹¹ בעקבות פסק הדין הודיע ה-CPCC שיחזיר ליצרנים וליבואנים קרוב לארבעה מיליון דולר קנדי אשר נאספו בין דצמבר 2003 לדצמבר 2004.

החוק הקנדי העמום בעניין זה, והעובדה הברורה שאותם נגני מדיה אכן משמשים תכופות להעתקות פרטיות של יצירות מוגנות, הביאו אפוא לידי בזבוז של משאבים רבים על התדיינות משפטית, גבייה מיותרת של כספים והחזרתם ועוד. במצב הנוכחי בקנדה, מי שמעתיק יצירות פרטיות לנגן המדיה שלו, עובר על החוק, כיוון שהוא לא נכנס לגדר ההסדר, והפטור למעתיקים פרטיים אינו חל עליו. כך המצב גם לפי ההסדר המוצע בתזכיר, במידה וההסדר אינו חל על נגני מדיה, שהרי כאמור בדברי ההסבר לתזכיר, הפטור חל רק על מעתיקים העושים זאת על גבי התקן חייב. במצב זה כשל השוק שצוין לעיל מוסיף להתקיים. ההעתקות הפרטיות על גבי התקנים אלו נמשכות ואף מספרן עולה ככל שהטכנולוגיה מתפתחת ונהפכת לנגישה יותר, דבר אשר מוביל לתופעה רחבה של זילות החוק. בנוסף, האמנים אינם מקבלים פיצוי בשל ההעסקה הביתית המתבצעת על גבי התקנים אלו, והתמריצים שלהם ליצור נפגעים. מצד אחר, החוק העמום עלול ליצור "אפקט מצנן" שיתבטא בכך שאנשים שומרי חוק לא ישתמשו בהתקנים אלו לצורך העתקה פרטית מחשש שהם יעברו על החוק. גם תוצאה זו אינה רצויה שכן פעילויות רצויות מבחינת מטרות דיני זכויות היוצרים, כגון תפוצה רחבה ונגישות הציבור לקשת רחבה של יצירות, לא יושגו.

על כן, אני סבור שאסור למחוקק לטמון ראשו בחול ולהתעלם מההתפתחויות הטכנולוגיות אשר כבר רובצות לפתחנו. יש ליצור הגדרה ברורה אך גמישה אשר תאפשר את הכללתם של התקנים הבנויים בטכנולוגיות חדשות, ומשמשים לצורך העתקה פרטית של יצירות מוגנות.

בנקודה זו יש מקום להזכיר שוב את ה-AHRA האמריקני, אשר ספג ביקורת רבה כיוון שהוא תלוי טכנולוגיה ואינו גמיש דיו. כך, לדוגמה, קבע בית משפט בארצות הברית שמכשיר ה-Rio (ומכשיר גייד הכולל כונן קשיח ומאפשר העתקה והשמעה של קבצי אודיו בפורמט MP3), אינו נכלל במסגרת ההסדר שבחוק.⁹² בפרשה זו נתבעה חברת Diamond Multimedia Systems, שהפיצה את מכשיר ה-Rio. הטענה הייתה שהחברה לא משלמת את ההיטל הדרוש לפי AHRA, ולכן תורגמת להפרה של זכויות יוצרים. בהמשך לעניין Sony קבעו השופטים שלמשתמשים יש זכות לבצע space shifting, כלומר להעתיק קבצים

90. שם, פסקאות 49-50.

91. ראו: [URL: <http://cpcc.ca/english/pdf/CPCCAppeal20050728.pdf>].

92. *Recording Indus. Ass'n of Am. v. Diamond Multimedia Sys., Inc.* 180 F. 3d 1072 (9th Cir. 1999).

ממקום למקום, במסגרת זכותם לשימוש הוגן.⁹³ הם גם פסקו שהחברה אינה חייבת בתשלום ההיטל, כיוון שה-AHRA אינו חל על מכשירים מסוג זה. קביעה זו נבעה מניסוחו הבעייתי של החוק בארצות הברית, אשר לטענת השופטים לא כולל כוננים קשיחים. בפסיקה זו למעשה קבע בית המשפט שההסדר לא יחול על מכשירים המשמשים להשמעת מוזיקה, ומכילים כונן קשיח כדי לאחסנה.⁹⁴ בכך ההסדר נותר מקובע ומוגבל לסוגי מדיה מסוימים בלבד, ואולי אף מיושנים.

לדעתי ההגדרה אינה צריכה להיות תלויה בטכנולוגיה. עליה להיות הגדרה רחבה, אשר תעניק לשר המשפטים ולוועדה הממונה שיקול דעת לכלול במסגרת ההסדר סוגים חדשים של התקנים, אם הם משמשים בדרך כלל להעסקה של יצירות מוגנות. ואולם יש לוודא שהחוק יכיל סייגים מפורשים, למקרים שבהם יבקש המחוקק להגביל את הכללתם של התקנים מסוימים במסגרת ההסדר. ניתן, למשל, לקבוע שהתקנים כגון כונני מחשב קשיחים יכללו במסגרת ההסדר רק אם הם בנויים בתוך נגני מדיה או מכשירים דומים אשר בדרך כלל נעשה בהם שימוש בעיקר למטרה זו, להבדיל מכונן קשיח אשר מורכב בתוך מחשב אישי. יש לשלב הגדרה רחבה וגמישה, כגון זו המוצעת בתזכיר, ברשימה מפורשת של סייגים והבהרות שיקבע המחוקק. ההגדרה הרחבה, שתהיה מעין "סעיף סל" תאפשר את גמישותו והתאמתו של ההסדר להתפתחויות טכנולוגיות שלא היו צפויות בעת כתיבתו. בד בבד, רשימת הסייגים תאפשר לצמצם את תחולת ההסדר ולמנוע את תחולתו על מקרים שבעת כתיבת החוק המחוקק סבור שלא רצוי להכלילם.

שאלה נוספת היא אם יש להטיל היטל גם על התקנים המשמשים לצורך העסקה כגון צורבים. יש הטוענים שכן, וזאת משום שמכשירים אלו הם חלק בלתי נפרד מתהליך ההעסקה.⁹⁵ היטל מסוג זה אף קיים בצורה זו או אחרת בכמה מדינות, ובהן ארצות הברית, בלגיה, גרמניה, איטליה וספרד. מנגד, בתזכיר מוצע להגדיר אך ורק התקנים מסוג מדיה ריקה כהתקנים חייבים, ובדברי ההסבר לתזכיר מודגש שהכוונה היא שלא יוטל היטל על מכשירים כגון צורבים. בין המדינות הנוספות אשר אינן מטילות היטל על מכשירים המשמשים להקלטה/העסקה, נמצאות צרפת, קנדה ועוד.

בעניין זה אני מקבל את המלצות התזכיר. הטלת היטל גם על צורבים וגם על תקליטורים ריקים המיועדים לצריבה, תביא לידי כפל מס ופיצוי גדול מדי, ובלא הצדקה, של בעלי הזכויות. כדי להעתיק מידע כלשהו על תקליטור, יש לצרוב על התקליטור את המידע באמצעות שימוש בצורב מתאים. על כן, לא ניתן ליצור עותק של תקליט מסחרי כלשהו על גבי תקליטור בלא שימוש בצורב ומכך נובע שגם התקליטור וגם הצורב משתתפים בתהליך ההעסקה של אותו תקליט. הפיצוי על הנזק שנגרם לבעלי הזכויות עקב מתן ההיתר החוקי

93. ראו, דיון לעיל, ליד הערה 71.

94. להרחבה ראו: Nimmer (לעיל, הערה 9), בעמ' 8B-25-8B-34.

95. ראו, למשל, את תגובת אקו"ם לפרסום התזכיר, שהתפרסמה באתר האינטרנט nrg: עידו קינן וצביקה בשור, "עודו! אקו"ם, חברות התקליטים והמבצעים לא מדוצים מהצעת החוק החדשה. כולם מבקשים יותר מס, ונתח גדול יותר", nrg (19.10.2004). ניתן לצפייה באתר: [URL: http://www.nrg.co.il/online/10/ART/801/598.html]

להעתיק את התקליט, מגולם בהיטל המוטל על התקליטור שעליו הועתק התקליט. הטלת היטל גם על הצורב, המשתתף באותו תהליך העתקה, תביא לידי פיצוי כפול ומוגזם. על כן, אין זה ראוי, לדעתי, לכלול צורבים בהסדר.

יש לציין שלהטלת "גמול התקן חייב" גם על מכשירים המשמשים לצורך ההעתקה עשוי להיות יתרון בחלוקת הנטל בין יצרנים ויבואנים של מדיה ריקה ובין יצרנים ויבואנים של מכשירים המשמשים לצורך ההעתקה. (לפי ההסדר המוצע בתזכיר, הנטל כולו מוטל לכאורה על יצרנים ויבואנים של מדיה ריקה.) עם זאת, הטלת גמול גם על מכשירים המשמשים לצורך תהליך ההעתקה יהייב הפחתה של הגמול המוטל על מדיה ריקה, וזאת כדי שלא יוטל כפל מס. הכוונה היא שבגמול יישאו הן יצרנים ויבואנים של מדיה ריקה והן יצרנים ויבואנים של מכשירים המשמשים להעתקה, בלי שיגדל הגמול כולו. חישוב מסוג זה עלול להיות מסובך שכן מכשירים כגון צורבים הם רב-שימושיים, יקרים ונרכשים אחת לזמן ממושך (עד שהם מתקלקלים או מוחלפים בדגם חדיש יותר). מדיה ריקה, לעומת זאת, היא זולה יותר ונרכשת באופן שוטף. השוני בין ההתקנים עשוי להפוך את החישוב למורכב ומבוסס על הערכות וספקולציות. הואיל והיצרנים והיבואנים מגלגלים את הנטל אל הציבור, אשר בין כה וכה נושא במלוא תשלום ההיטל (מי שקונה תקליטורים ריקים לרוב זקוק גם לצורב), בפועל אין משמעות רבה לחלוקה מהסוג האמור.

3. היעדר חריגים להסדר

לפי ההסדר המוצע, יוטל היטל ששיעורו עד 5% ממחירם של התקנים חייבים, אשר ישולם על ידי יבואנים ויצרנים של אותם התקנים. ניתן כמובן להניח, שהעלות הנוספת תגולגל אל הצרכן, ומחיר המוצר הסופי יעלה עד גובה ההיטל שהיבואנים או היצרנים יידרשו לשלם. בתזכיר אין הבחנה בין סוגים שונים של צרכנים לעניין תשלום הגמול, ואין כל מנגנון אשר פוטר את היצרנים/יבואנים מתשלום הגמול במקרים מיוחדים שבהם יש אינטרס ציבורי לעשות זאת, או כאשר מכירה ספציפית, לצרכן מסוים, אינה מצדיקה את תשלום הגמול.

בנקודה זו יש מקום לדון במהותו של הגמול הנדון. כאמור, הגמול ישולם על ידי צרכנים של מדיה ריקה באשר הם, בלא קשר לזהותם או לשימוש שהם יעשו במדיה הנרכשת. לפיכך צרכנים רבים אשר אינם משתמשים במדיה הריקה לצרכים של העתקה פרטית, ישלמו אף הם את הגמול האמור. המשמעות היא שאותם צרכנים "יפצו" את בעלי הזכויות על נזק שלא נגרם להם בפועל.

אם גמול ההתקנים החייבים מוגדר כמס, אזי המצב המתואר לעיל אינו בעייתי. מסים מעצם טבעם משתלמים על ידי החברה למימון שירותים מסוימים, ופעמים רבות גם על ידי אלו אשר אינם נהנים מאותם שירותים. לרוב גם התמורה כנגד המס אינה ישירה, ואף לא ניתן להוכיח אם היא אכן שוות ערך למס המשולם.⁹⁶ על כן, אם גמול ההתקנים החייבים

96. ראו, יוסף מ' אדרעי, חוק יסוד: משק המדינה (המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי ומיכאל סאקר, תשס"ד) 33.

הוא אכן מס, אין קושי בכך שאלו אשר אינם משתמשים במדיה לשם העתקה פרטית, ישלמו גם הם מס על ההיתר שניתן למעתיקים פרטיים.

עם זאת, אין לראות בגמול הנדון מס כללי, אלא היטל או מס ייעודי, אשר נגבה לשם מטרה קבועה מראש.⁹⁷ המטרה שנקבעה היא פיצוי בעלי הזכויות על הנזק שנגרם להם עקב כך שצרכנים של מדיה ריקה מעתיקים עליה את יצירותיהם המוגנות בלא צורך בהיתר ובאופן חוקי. הגמול המשולם הוא למטרה זו בלבד, והוא מועבר ישירות לתברות התמלוגים, כדי שיחולק בין בעלי הזכויות השונים. הנזק לבעלי הזכויות הוערך על ידי המחוקק כעד המישה אחוזים מערכה של מדיה ריקה המשמשת בדרך כלל להעתקה פרטית של יצירות מוגנות. לפי היגיון זה, אם פלוני אינו גורם כל נזק לבעלי הזכויות, אין כל סיבה שיפצה אותם ומכאן שאין כל סיבה לדרוש ממנו לשלם את הגמול. בפשטות, אין סיבה לפצות את בעלי הזכויות אם לא נגרם להם כל נזק. כאשר אין סיבה לפצות את בעלי הזכויות, גביית הגמול לא תהיה לשם אותה מטרה קבועה מראש שלשמה הוא נוצר.

בחינה של הסדר דומה במדינות שונות מעלה שישנם שלושה חריגים מקובלים להסדר. הראשון הוא פטור מתשלום ההיטל על מדיה ריקה שאינה מיועדת למכירה ושימוש באותה מדינה.⁹⁸ ההיגיון המונח בכסיס חריג זה הוא ברור: אם המדיה הריקה אינה מיועדת למכירה באותה מדינה, היא גם לא תשמש להעתקה פרטית של יצירות מוגנות באותה מדינה, ולכן אין סיבה שישולם בגינה היטל העתקה פרטית.

בתזכיר, חובת תשלום הגמול חלה על יבואנים ויצרנים של מדיה ריקה, ולא על יצואנים של אותה מדיה.⁹⁹ מכך ניתן אולי ללמוד שמחברי התזכיר אימצו את החרוג הנ"ל, וכוננתם היא שלא להכליל בהסדר מדיה ריקה שאינה מיועדת לשימוש בארץ, ואולם בחינה לשונית של התזכיר מלמדת שיצרנים של מדיה ריקה אשר מעוניינים לייצא אותה או למכור אותה לגורם אחר אשר מעוניין לייצא אותה, יחויבו לשלם את הגמול.¹⁰⁰ כאמור, מדיה המיועדת לייצוא אינה יכולה לשמש להעתקה פרטית של יצירות מוגנות בארץ, ולכן אין סיבה שישולם בגינה היטל העתקה פרטית המשלם לידי היוצרים המקומיים. לפיכך מוצע לקבוע במפורש בהסדר, שיצרנים של מדיה ריקה, המיועדת לייצוא, יהיו פטורים מתשלום

97. בדברי ההסבר לסעיף 17ג לתזכיר נכתב כך: "ההסדר החדש המוצע מבוסס על מימון גמול

ההתקנים החייבים באמצעות גבייה ייעודית של הגמול על ידי הממשלה מיצרנים ויבואנים של התקנים חייבים". להרחבה בעניין ההבחנה בין היטל למס, ראו, שם, בעמ' 35-40.

98. זהו, למשל, המצב בארצות הברית, שם ההיטל משולם רק על ידי יבואנים או יצרנים שתוצרתם מיועדת להפצה בתוך גבולות המדינה. ראו: 17 U.S.C. §1004 (1992).

99. סעיף 17ג(א) לתזכיר קובע: "יצרנים ויבואנים של התקנים חייבים, ישלמו גמול התקן-חייב בשיעור שייקבע".

100. זאת כיוון שסעיף 17ג(א) לתזכיר ודברי ההסבר לו קובעים שחובת תשלום ההיטל תחול על "יצרנים ויבואנים של התקנים חייבים", ואינם מוציאים מכלל ההסדר יצרנים אשר תוצרתם מיועדת לייצוא.

הגמול, בין שהם מייצאים את המדיה בעצמם ובין שהם מוכרים אותה לגורם אחר אשר מייצא אותה.

חריג נוסף, המקובל במדינות שונות, מתייחס למדיה שלא נרכשה למטרות פרטיות, אלא למטרות מסחריות ומקצועיות. נשאלת השאלה מהו ההיגיון בבסיס חריג זה. בתזכיר, למשל, מדובר בהיטל ששיעורו רק עד חמישה אחוזים. מדיה ריקה העולה כיום שקל אחד, למשל, תעלה לכל היותר שקל וחמש אגורות לאחר הטלת ההיטל. אותה מדיה ריקה, כגון תקליטורים לצריבה, קלטות וכיוצא באלה, לרוב אינה יקרה מלכתחילה, והעלייה במחירה תהיה מזערית. הצרכן הפרטי הממוצע רוכש מדיה ריקה בכמויות לא גדולות לשימוש הפרטי, לצורך פעולות כגון העתקה פרטית של תקליטים מסחריים, גיבוי, העתקת תכנות, אחסון אלבומי תמונות דיגיטליות ועוד. כיוון שאותו צרכן פרטי ממוצע אינו קונה מדיה ריקה בכמויות מסחריות, והעלייה במחירה של המדיה צפויה להיות מזערית, לא אמורה להיות לה השפעה ניכרת על הרגלי צריכתו, בכל הנוגע למדיה ריקה. אולם בשונה מהצרכן הפרטי, קיימים במשק גופים אחרים, אשר רוכשים מדיה ריקה בכמות מסחרית, ואינם עושים בה כל שימוש לצורכי העתקה פרטית של יצירות מוגנות ותקליטים מסחריים. מדובר בבתי תכנה, מוסדות לימוד, אולפני צילום ועריכה, אולפני הקלטה, מפעלים ובתי עסק אשר מבצעים לעתים תכופות גיבוי של חומר ונתונים רבים. עבור אותם גופים, לעלייה במחיר המדיה עשויה להיות השפעה ניכרת, שכן הם קונים מדיה בכמויות גדולות ובאופן מרוכז. בנוסף, הם אינם משתמשים באותה מדיה לצורכי העתקה של יצירות מוגנות, ואין כל סיבה שהם "יפצו" את בעלי הזכויות על העתקות פרטיות שהם אינם מבצעים כלל.

רשימת המדינות שאימצו, לפחות במידה חלקית, חריג מסוג זה כוללת את בלגיה,¹⁰¹ צרפת¹⁰² וספרד.¹⁰³ מדינה נוספת שאימצה את החריג היא קנדה, שם מפעיל ה-CPCC מאז 1999 תכנית הנקראת Zero-Rating.¹⁰⁴ התכנית מיועדת למגוון רחב של גופים ועסקים כגון מוסדות לימוד, רשויות אכיפה, מפיקים, תעשיות פרסום, תעשיות תכנים, בתי משפט, מוסדות דתיים, בתי תכנה, בתי חולים, מפעלים וחברות הייטק ועוד רבים. כדי להשתתף בתכנית ולרכוש מדיה ריקה בלא היטל, נדרשים אותם גופים להיקשר בחוזה עם ה-CPCC. אותם גופים מתחייבים בפני ה-CPCC שלא להשתמש במדיה לצרכים פרטיים של העתקת יצירות, או למכור אותה לצד שלישי כלשהו. במסגרת ההסכם, הם גם מתחייבים לדיווח שנתי על כל רכישות המדיה הריקה שהם ביצעו. זאת ועוד, כדי לממן את התכנית, הם משלמים אגרה מסוימת על השימוש, אשר מבחינה בין גופים עסקיים לגופים שאינם עסקיים (האגרה היא 60 דולר לגופים עסקיים ו-15 דולר לגופים לא עסקיים). לבסוף, קניית מדיה ריקה בלא היטל מתבצעת אך ורק על ידי יבואנים ויצרנים שהוסמכו

101. ראו, סעיף 57 לחוק זכויות יוצרים הבלגי.

102. ראו: Article L. 311-8 of the French CPI. כפי שהופיע בתוך: Hugenholtz (לעיל, הערה 15), בעמ' 30.

103. ראו: Article 25(6) of the Spanish Copyright code.

104. לפרטים על אודות תכנית Zero-Rating ראו: [URL: <http://cpcc.ca/english/zeroRating.htm>].

לכך וקיבלו היתר על ידי ה-CPCC. רשימה מקוונת של אותם יצרנים ויבואנים מתפרסמת באתר האינטרנט של ה-CPCC.¹⁰⁵

אני סבור שיש לאמץ מנגנון שיפעל במתכונת דומה, ויפטור גופים אשר אינם משתמשים במדיה למטרות של העתקה פרטית, מתשלום ההיטל. מטרת ההיטל היא לפצות אמנים על העתקה פרטית של יצירותיהם המוגנות בזכויות יוצרים. הפיצוי צריך להינתן לפי הנזק שנגרם בפועל, ולכן יש להוציא מכלל ההסדר גופים אשר אינם משתמשים במדיה להעתקה פרטית, ואינם גורמים כל נזק לבעלי הזכויות. ברור שיישום לא זהיר של מנגנון מהסוג המתואר עלול לשמש כפרצה בהסדר הגמול, אשר תאפשר לרבים לרכוש מדיה בלא היטל, וכך לעקר במידה מסוימת את ההסדר. כדי למנוע מצב זה, יש להקפיד ולפקח על המנגנון ועל חובת הדיווח של הגופים הנהנים ממנו. יש להגביל את מספר הגופים אשר יוכו ליהנות מהמנגנון, ולצמצמם לאלו אשר באמת זקוקים למדיה ריקה בכמויות גדולות לשימושיהם, ויש לוודא שכמות המדיה הריקה שהם רוכשים אינה מוגזמת. כל עלויות הפיקוח על המנגנון ויישומו ימומנו באמצעות האגרה שתשולם על ידי הנהנים ממנו.

חריג שלישי ואחרון, שאומץ על ידי כמה מדינות, הוא חריג "האינטרס החברתי". במסגרת חריג זה קבוצות מסוימות באוכלוסייה, או גופים מסוימים, רשאים לרכוש מדיה ריקה בלא היטל. בצרפת, למשל, החריג חל על ארגונים אשר משתמשים במדיה כדי לסייע לאנשים בעלי ראייה מוגבלת וכבדי שמיעה.¹⁰⁶ כך גם בקנדה.¹⁰⁷ בבלגיה, מלבד אנשים בעלי מוגבלויות כגון כבדי ראייה וכבדי שמיעה, גם מוסדות לימוד המשתמשים בתכני קול ובתכנים אוריקוליים לצורכי לימוד, כלולים במסגרת החריג (ואילו בארצות אחרות הם כלולים לעתים במסגרת החריג השני).¹⁰⁸ יש מקום לאמץ את החריג הזה גם בישראל. זו החלטה החורגת מתהום דיני זכויות יוצרים וקניין, ונוגעת לשיקולי מדיניות אחרים. יש לציין שייטכן שחלק מפעולתם של ארגונים אלה תהיה קשורה בהעתקה פרטית של יצירות מוגנות ותקליטים מסחריים, או סיוע לבעלי מוגבלויות בפעולות אלו, אך מתן פטור לגופים אלו ישרת מטרה נאותה וראויה, שיש בה לסייע להם ולעבודתם. היוזק לעמדה זו עשוי להימצא בסעיף 19 להצעת החוק,¹⁰⁹ הקובע חריג של "שימוש הוגן" ביצירה, בין השאר למטרה של הוראה במוסדות חינוך. בסעיף 19(ב) אף נכתב שלצורך בחינה של הגינות השימוש יישקלו בין השאר מטרת השימוש ואופיו. אין כל ספק שהשימוש שעושים אותם ארגונים ביצירות אכן מהווה שימוש הוגן שאינו מפר את זכות היוצרים בהן. השימוש במקרה זה הוא למטרות חינוך והוראה, אינו מסחרי באופיו ומקדם מטרות ראויות של שוויון חברתי. לכן אין מקום לחייב את אותם ארגונים בתשלום גמול העתקה פרטית.

105. [URL: https://cpcc.ca/zrtz/public/faq.cgi?_lang=EN&_q=C01].

106. Article L. 311-8 of the French CPI (לעיל, הערה 102).

107. Canadian Copyright Act (R. S. 1985, c. C-42), Art. 86; ראו גם: [URL: http://cpcc.ca/english/exemptPercept.htm].

108. ראו, סעיף 57 לחוק זכויות יוצרים הבלגי.

109. סעיף 19 להצעת החוק, עמ' 1125-1126.

4. היעדר התייחסות לסוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט

ההסדר המוצע בתזכיר מתעלם ביוזעין מסוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט,¹¹⁰ אף שבהודעה הראשונה שפורסמה על ידי משרד המשפטים (ולאחר מכן אכן שונתה) נאמר ש"המדובר בין השאר בהעתקה של שירים מהאינטרנט לדיסק הקשיח של מחשב פרטי".¹¹¹ אי-ההתייחסות לסוגיה של הורדת יצירות מוגנות (לרבות תקליטים מסחריים שלמים או חלקים מהם) מהאינטרנט והעתקתן על גבי מדיה ריקה, היא בבחינת שתיקה צורמת. סוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט היא סוגיה רחבת היקף, אשר לא אדון פה בכל פניה.

ויכוחים מתמשכים ומאבקים משפטיים רבים, בישראל ובעולם, נסבו סביב חוקיותן של חברות המפעילות שירותי שיתוף קבצים באינטרנט, ומתירות הורדה בלא תשלום של מאות מיליוני יצירות מוגנות בכל חודש. מאבקים אלו מובלים על ידי תעשיות המוזיקה והסרטים, הטוענות בתקיפות ששיתוף הקבצים אינו חוקי ויש להפסיקו לאלתר, ולעומתן, חברות המפעילות רשתות שיתוף קבצים ותומכיהן, הטוענים שרשתות שיתוף הקבצים אינן מפרות את זכויות היוצרים. רק באחרונה פסק בית המשפט העליון בארצות הברית שתברות שיתוף קבצים הפועלות בשיטת P2P (Peer to Peer),¹¹² ומעודדות הפרת זכויות יוצרים בהתנהגותן, אחראיות בדין, בעילה של הפרה תורמת של זכויות יוצרים.¹¹³ באותו מקרה, התביעה כוונה כלפי החברות המפעילות את רשתות שיתוף הקבצים Grokster ו-Streamcast, שפעלו בשיטת P2P. כמה חודשים לאחר מכן פסק בית המשפט באוסטרליה, שתכנת שיתוף הקבצים Kazaa (שגם היא פועלת בשיטת P2P) מפרה זכויות יוצרים במתכונת פעולתה הנוכחית.¹¹⁴

בנוסף, ויכוח ציבורי רחב ניטש בשאלה אם רשתות שיתוף הקבצים אכן פוגעות במידה ניכרת ברווחיהם של אותם תאגידי ענק כגון חברות המוזיקה ואולפני הסרטים הגדולים. טענות לכאן ולכאן נדונו בהרחבה בפרשת Napster הנודעת.¹¹⁵ חברות המוזיקה, שהיו הראשונות שנפגעו משיתוף הקבצים, טוענות ששיתוף הקבצים אינו חוקי ופוגע קשות ברווחיהן. אכן, מחקרים רבים הוכיחו קשר משולש בין שיתוף קבצים באינטרנט, עלייה ברכישת דיסקים ריקים לצריבה, וירידה גרעינית דיסקים מסחריים מקוריים.¹¹⁶ מנגד,

110. אין להתעלם, כמוכן, מהעובדה שהתזכיר המוצע מובא כתוספת להצעת החוק, אשר מכילה הסדרים הנוגעים להפרה של זכויות יוצרים, העמדה של יצירות מוגנות לרשות הציבור וכדומה.

111. ראו: עידו קינן וצביקה בשור, "משרד המשפטים: להכשיר צריבת מוזיקה", nrg (19.10.2004), ראו: [URL: <http://www.nrg.co.il/online/10/ART/801/463.html>].

112. להסבר על רשתות הפועלות בשיטת P2P ראו: [URL: <http://en.wikipedia.org/wiki/Peer-to-peer>].

113. *Metro-Goldwyn-Mayer Studios, Inc. v. Grokster, Ltd* 125 S. Ct. 2764 (2005).

114. *Universal Music Australia Pty Ltd. v. Sharman License Holdings Ltd*, 2005 FCA 1242 (להלן: עניין Kazaa).

115. *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.* 239 F. 3d 1004 (9th Cir. 2001).

116. ראו: William W. Fisher, *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of*

תומכי רשתות שיתוף הקבצים משיבים כי הטענות בדבר פגיעה ברווחים אינן מבוססות. מומחה מטעם Napster חקר ומצא, למשל, שלא זו בלבד שרשת שיתוף הקבצים אינה פוגעת בתעשיית המוזיקה, אלא שהיא אף מועילה לה.¹¹⁷ אף שאמנים רבים הצטרפו לחברות המוזיקה בקמפיין נגד שיתוף הקבצים, קמו גם כמה אמנים אשר תמכו בשיתוף קבצים, וטענו ששיתוף הקבצים אף מועיל להם ומסייע להפיץ את יצירותיהם.¹¹⁸ כאמור, אין זה המקום למצות את הדיון בסוגיית שיתוף הקבצים. סוגיה זו מעמידה אתגר חדש בפני משפטנים, חוקרים ומחוקקים אשר אמורים על מציאת פתרון הולם לתופעה חדשה יחסית זו, שתוך זמן קצר שינתה את הדרך שבה רבים האזינו למוזיקה בביתם והעתיקו אותה.¹¹⁹ כלי להביע עמדה באותם ויכוחים ומאבקים, ברור שחלק מכריע מהמדיה הריקה שהציבור קונה משמשת להעתקה פרטית של יצירות שהורדו באופן לא חוקי מרשת האינטרנט, ולא דווקא להעתקה פרטית של תקליטים מסחריים מקוריים, שגדונה בתזכיר.

אמנם בעבר הלא רחוק, מדיה זו אכן שימשה אנשים להעתקה פרטית של תקליטים שנרכשו כדין או של שירים שנשמעו ברדיו, אולם כיום קל ופשוט יותר להשתמש בחיבור אינטרנט עם פס רחב ותכנת שיתוף קבצים כלשהי, כדי להוריד כמעט כל שיר או תקליט שעולה על הדעת, להאזין לו באמצעות המחשב עצמו, או להעתיק אותו למדיה ריקה או לנגן כלשהו. באותה פרשה שבה פסק בית המשפט האוסטרלי נגד רשת שיתוף הקבצים Kazaa,¹²⁰ טענו התובעים שבתכנה זו בלבד משתמשים 100 מיליון איש ברחבי העולם, והובאו נתונים לפיהם בשבוע אחד הורידו את התכנה 2.4 מיליון גולשים.¹²¹ זהו מספר עצום של משתמשים, ובלא ספק יש בכך להעיד על שינוי קיצוני בדפוס ההתנהגות של מאויני מוזיקה ומעתיקה.

לפיכך אני סבור שהסדר אשר מטרתו היא לפתור את סוגיית ההעתקה הפרטית, ואינו מתייחס לסוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט, נדון מראש להיות הסדר מיושן והלקני. אמנם

4 (2004) *Entertainment*; לנתונים אמפיריים על ירידה בהיקף הרכישה של דיסקים מסחריים

בארצות הברית, ראו דוח ה- RRIA לסיים שנת 2003: [URL: <http://www.riaa.com/news/newsletter/pdf/2003yearEnd.pdf>]

117. לדוח המלא, ראו: Fader/Naps [URL: http://www.marketing.wharton.upenn.edu/ideas/pdf/Fader/Naps_ter%20expert%20report.pdf]

118. ראו, לדוגמה: [URL: http://news.com.com/Why+free+downloads+help%2C+not+hurt/2010-1071_3-944488.html]

119. באחרונה הוצעו הצעות רבות למודלים חלופיים אשר יאזנו נכונה בין האינטרסים של היוצרים ובין הטכנולוגיות החדשות המאפשרות שיתוף קבצים. דוגמה להצעה כזאת ניתן למצוא בספרו של Fisher (לעיל, הערה 116). לדיון בהצעה, ראו, מאמרו של טל ז'רסקי, "זכויות יוצרים בעידן הדיגיטלי – על מודלים מבטיחים ועל הדרך לקיימם, בעקבות ספרו של ויליאם פישר", *דין ודברים ב* (תשס"ו) 711.

120. עניין Kazaa (לעיל, הערה 114).

121. שם, בפסקה 182 לפסק הדין.

רוב ההסדרים הנוגעים להעתקה פרטית בעולם עדיין לא התמודדו עם סוגיה זו, אולם זהו רק עניין של זמן לפני שנראה שינוי וחידוש. הרי ידוע שהמשפט כמעט תמיד מפגר אחרי הטכנולוגיה, ולא תמיד מצליח להתאים את עצמו בזמן לשינויים ולהתפתחויות הטכנולוגיות המהירות (ואין דוגמה טובה יותר מחוק זכות יוצרים הנוכחי, שהוא משנת 1911). הערתי שהסדר כזה גדון להיות מיושן וחלקי: חלקי, כיוון שהוא נמנע מהתמודדות עם סוגיה מרכזית שהיא בלא ספק חלק מהבעיה; מיושן, כיוון שהוא מבסס את עצמו על מודלים קיימים ואינו מנסה להתמודד עם אתגרים חדשים, שבלא ספק יצריכו בעתיד הלא רחוק פתרון במסגרת זו. טוב יעשה המחוקק אם ינסה להתמודד גם עם בעיה זו במסגרת ההסדר.

ד. סיכום

תזכיר חוק זכות יוצרים (העתקה פרטית) מציע פתרון חדש לסוגיה המוכרת של העתקות פרטיות. הוא נכתב כחלק מהניסיון הכולל לעדכן את דיני זכויות היוצרים בארץ, וליצור חוק חדש ומאוחד, אשר יתאים לרוח התקופה ויענה על האתגרים שמציבה הטכנולוגיה המתפתחת. ההסדר המוצע הוא צעד בכיוון הנכון. ההגדרות המיושנות הוחלפו, ההסדר המוצע מותאם להתמודד עם תירושי הטכנולוגיה הדיגיטלית והוא מציע שיטה יעילה יותר למימון הפיצוי אשר מגיע לאמנים תמורת ההיתר להעתקה פרטית.

עם זאת, ההסדר המוצע בתזכיר הוא חלקי מאוד, ובמובנים מסוימים מקובע. מחברי התזכיר נמנעו מלהתמודד עם סוגיות שונות וחשובות, ובכך הפכו את ההסדר לצר למדי. הוא חל, למשל, רק על יצירת מוזיקליות, המועתקות רק על מדיה "קלאסית", ואין בו כל התייחסות לסוגיית שיתוף הקבצים באינטרנט. בנוסף, לא נקבעו להסדר חריגים כלשהם והמשמעות היא שגם אלו אשר אינם משתמשים במדיה לשם העתקה פרטית, עדיין יאלצו לשלם בגינה את ההיטל הקבוע.

יש לברך על כך שמאמצים גדולים נעשים באחרונה במטרה להחליף ולשדרג את דיני זכויות היוצרים המיושנים שבארץ, ובכלל זה גם את ההסדר בדבר העתקה פרטית. בהמשך ישיר למגמה זו, יש ליצור הסדר כוללני יותר, שייתן פתרון ארוך טווח ומענה על כל השאלות העולות מסוגיית ההעתקה פרטית, או לפחות על חלקן המכריע. אף שכאמור ההסדר המוצע הוא צעד בכיוון הנכון, הוא עדיין אינו מספק.