

ההגנה של "שימוש הוגן" בזכויות יוצרים*

מאת

דפנה לוינסון**

א. מבוא. 1. איזון אינטרסים בדיני זכויות יוצרים. 2. מהו שימוש הוגן. ב. שימוש הוגן – הדין המצוי והדין הייצוי. 1. הקשיים שמעורר סעיף 1(1)2 לחוק הישראלי. 2. השיקולים שיש להתחשב בהם בקביעת שימוש הוגן. (א) טיבו של השימוש ביצירה המוגנת ומטרות. (ב) מהותה של היצירה נשוא זכות היוצרים. (ג) היקף השימוש ביצירה המוגנת. (ד) השפעת השימוש על ערך היצירה המוגנת ועל השוק הפוטנציאלי שלה. 3. טכניקות חקיקה אלטרנטיביות לסעיף 1(1)2. (א) ארצות הברית. (ב) אוסטרליה. (ג) משפט מדינות יבשת אירופה. 4. הצעה לתיקון סעיף 1(1)2 לחוק זכויות יוצרים. (א) נוסח הצעת התיקון. (ב) דברי הסבר. ג. שימוש הוגן ומכונות-צילום. 1. זכויות יוצרים וטכנולוגיה מודרנית – כללי. 2. שימוש הוגן ומכונות-צילום – הצגת הבעיה. (א) כללי. (ב) מסקדין ויליאמס ובעיית הצילום בספריות. 3. פתרונות לבעיית הצילום למטרת לימוד, מחקר והוראה. (א) איסור כללי על שימושים המפרים זכות יוצרים. (ב) התרת שימוש חופשי למטרת לימוד, מחקר והוראה. (ג) מתן פיצוי על השימוש בחומר המוגן. (1) הטלת מיסוי על מכונות-צילום. (2) רשיון לצילום הכלול במחיר המנוי של כתביהעת. (3) מכירת רשיונות לצילום על-ידי ארגון של בעלי זכויות יוצרים. (4) רשיון כפוי. 4. מהי הדרך שראוי לנהוג בה בארץ? ד. סיכום.

א. מבוא

1. איזון אינטרסים בדיני זכויות יוצרים

ההגנה על זכויות יוצרים, מעניקה ליצר, לתקופת-זמן מסוימת¹, זכות בלעדית "ליצור או ליצור שנית את היצירה או כל חלק עיקרי הימנה בכל צורה של ממש"². יש הצדקות

מאמר זה מבוסס על חיבור שנכתב במסגרת הסמינר "דיני זכויות יוצרים" שנתן פרופ' י' ריסמן בשנת תשמ"ה. תודתי הנאמנה לו על עידודו והערותיו המועילות.

המאמר וכה בפרס שהוענק על-ידי אגודת קומפוזיטורים מחברים ומו"לים למוסיקה בישראל (אק"ום), במסגרת תחרות לכתיבת עבודה משפטית בנושא זכויות יוצרים, שנערכה לרגל יובל להקמתו.

בעת הגשת המאמר היתה המחברת תלמידת שנה ד בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים.

1 ימי חייו של היצר ותקופה של שבעים שנה לאחר מותו, ראה חוק זכויות היוצרים 1911, הא"י ג 2633, סעיף 3 (להלן: החוק הישראלי). וכן Copy Right Act 1976, 17 U.S.C. § 302 (להלן: החוק האמריקני).

2 ראו, למשל, סעיף 1(2) לחוק הישראלי וסעיף 106 לחוק האמריקני. החוק מגדיר במפורש אלו הן הזכויות המענקות ליצר (השווה לזכות הבעלות הכללית שאינה "מוגנה" את הזכויות).

שונות למתן הגנה כה רחבה ולתקופת-זמן ניכרת: יש הרואים בזכות ניצול ופיקוח זו משום זכות טבעית של היוצר לפרי עמלו. גם לבעל "קניין רוחני" יש לתת זכות להנאה ולשימוש אקסקלוסיביים.³ מכאן שכל הגבלה על זכות היוצרים תהווה חריג לכלל.⁴ לעומת גישה זו, קיימת גישה הרואה את הרציונלה של ההגנה בטובת הציבור. יש צורך לתת ליוצר עידוד כלכלי, שאם לא כן – לא יהיה לו תמריץ ליצור, ובסופו של דבר יפגע הציבור כולו. המטרה היא להעניק לציבור מקסימום של מידע. עליפי גישה זו צריך לתת ליוצר את "המינימום ההכרחי" כדי שימשיך ליצור.⁵ סעיף 1 בחוקה האמריקנית מבטא במידה מסוימת גישה זו, בקובעו שיש לקונגרס סמכות

"...To promote the progress of science and the useful arts, by securing for limited time to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries".⁶

נראה אפוא שההגנה על זכויות יוצרים צריכה לאזן בין שתי מערכות של עקרונות נוגדים: קיים מתח בין העיקרון הכללי של חופש המידע והזכות של הציבור בהפצתו לבין ההגבלה על חופש זה כשמדובר ביצירות בעלות זכות יוצרים. כמרכז קיים מתח בין העיקרון של חופש התחרות לבין הסייגים הכלכליים מעידמונופוליסטיים של זכות היוצרים. קנה-המידה להערכתו של חוק זכויות יוצרים הוא מידת הצלחתו לאזן בצורה נכונה ובהירה בין הכוחות המתחים הללו.⁷

יש דרכים שונות שבהן שיטות המשפט מגסות לאזן בין המתחים הללו. זכות היוצרים מוגבלת בזמן,⁸ וכן אגד הזכויות שיש ליצר כולל רק את הזכויות המסוימות שהחוק העניק לו.⁹ זאת ועוד: ההגנה של זכות יוצרים אינה משתרעת על "רעיונות" אלא רק על דרך "הביטוי" שניתן לרעיון עלידי היוצר.¹⁰ הרעיון עצמו, נשגב ככל אשר יהיה – הוא נחלת הכלל. למשל, מותר להשתמש בתורת היחסות של איינשטיין, אך זאת בתנאי שהמשתמש יסביר את התורה בלשונותיו ולא במלים שהשתמש בהן איינשטיין כשהסבירה לראשונה.¹¹ לולא היו הרעיונות נחלת הכלל, היתה ההתקדמות האנושית נפגעת מאוד.

3 "מושגי יסוד בידי קניין – סקירה נקודתית" משפטים יא (תשמ"א) 41, 46-47.

4 J.E. Young, "Copyright and the New Technologies – the Case of Library Photocopying", 28 Copyright Law Symposium 51, 53 (Columbia U. Press, 1982).

5 ראה Young שם. גם בפסיקה הושם דגש פעמים רבות על גישה זו של ה-Public Welfare. ראה למשל, *Encyclopedia Britannica v. Crooks* 542 F. Supp. 1156, 1178; *Rosemont Enterprises v. Random House* 366 F2d 303, 307.

6 U.S. Const. Art. I, Sec. 8, Cl. 8.

7 L. Seltzer, *Exemptions and Fair Use in Copyright*. (Har. U. Press, 1978) 3.

8 ראה לעיל, הערה 1.

9 ראה לעיל, הערה 2.

10 M.B. Nimmer, *On Copyright* גם ראה גם 102(b) לחוק האמריקני. ראה גם *Frazer v. Evans* (1969) 1 QB. 349, וכן ראה, (Bender & Company Inc., 1985) §13.03.

11 א"ח וליגסון, יסודות דיני זכויות יוצרים – סימני מפתח, פטנטים ומדגמים (ירושלים, תשכ"ג) 22. כמרכז ראה פס"ד 101 U.S. 99 (1879), *Baker v. Seldon*, המוכיח עד כמה ההבחנה בין הרעיון לביטוי היא קשה, ובמיוחד כאשר הנתבע אינו מבצע העתקה מילולית דווקא. המבחן שמשמשים בו

דרך נוספת לאיזון האינטרסים של היוצר והציבור היא קביעת חריגים בחוק. כוונתנו היא לאותם סעיפים רבים הקובעים שמעשה פלוני, מסוים ומוגדר, לא יהווה הפרה של זכות יוצרים. כך, למשל, סעיף 19(2) לחוק הישראלי הקובע פטור מאחריות להפרת זכות ביצירה מוסיקלית בתנאים מסוימים¹². חריגים אלו בוחרים בשימוש פלוני, שאלמלא החריג היה מפר זכויות יוצרים, ומסיבות של מדיניות ציבורית מוציאים אותו מתחום הפיקוח של הגנת זכות יוצרים ושל היוצר. מדובר במקרים שבהם, עליפי הדינמיקה של חוק זכויות יוצרים והרציונלה של מתן תמריץ ליצר ליצור, היינו צריכים להגיע למסקנה שהשימוש הוא מפר, כיון שנעשה שימוש בקניינו של אדם ללא הסכמתו וכן כיון שבמקרים אלו נפגע (בדרך-כלל) האינטרס הכלכלי של היוצר. יש שני סוגים עיקריים של חריגים: (1) קביעה ששימושים מסוימים הם מותרים, ושאינן צורך לבקש את הסכמת בעל זכות היוצרים או לשלם עבור השימוש¹³; (2) החלפת הסכמתו ופיקוחו של המחבר בזו של המחוקק – רשיון כפוי (Compulsory licence)¹⁴.

אחת הדרכים החשובות לאיזון האינטרסים היא ההגנה של "שימוש הוגן" (Fair Dealing) או (Fair Use).

2. מהו שימוש הוגן

שימוש הוגן הוא פריבילגיה הניתנת לאנשים, שאינם בעלי זכות היוצרים ביצירה, לעשות בה שימוש סביר והוגן ללא צורך בקבלת רשות מבעל זכות היוצרים ומבלי שיש לשלם לו על השימוש¹⁵.

הגנה זו מעוגנת בישראל בסעיף 1(1)2 לחוק זכויות היוצרים, הקובע שלא יראו כהפרת זכות יוצרים "כל טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה או תמצית עיתונאית".

מטרתה של הגנה זו היא למנוע יישום "נוקשה" של מבחני ההפרה בזכויות יוצרים במקרים שבהם קביעה של הפרה אינה צודקת כלפי המשתמש "המפר" ואינה מוצדקת מבחינתו של היוצר שביצירתו נעשה השימוש¹⁶. הדוקטרינה של שימוש הוגן מנסה למצוא

הוא המבחן של "דמיון ממשי" (Substantial Similarity) הנמדד לאו דווקא בכמות ההעתקה אלא גם באיכות החומר שנלקח. ליישום מבחן זה ראה המ' 25/81 גולדנברג נ' בנט, פ"ד (2) 360: ע"א 559/69 אלמגור נ' גרדיק, פ"ד (1) 825: 45 F2d (1930) Nichols v. Universal Pictures Corp., 119.

12 ראה סעיף 1(1)2 ס"ק 2-6, סעיף 20 לחוק הישראלי, סעיף 7 לפקודת זכויות יוצרים, ח"א, 364: סעיפים 108-118 לחוק האמריקני, וסעיפים 7, 8 ל-74 C, 2, Copyright Act 1956 4 & 5 Eliz. 2, (להלן: החוק האנגלי).

13 ראה, למשל, סעיף 19(2) לחוק הישראלי; סעיף 108 לחוק האמריקני; סעיפים 8, 6(6) (7) לחוק האנגלי.

14 ראה, למשל, סעיף 111 לחוק האמריקני הקובע רשיון כפוי לסלבווייה בכבלים; וסעיף B53 ל-Copyright Amendment Act האוסטרלי מ-1980, שתיקן את חוק זכויות היוצרים האוסטרלי מ-1968 והכניס בסעיף הנ"ל חובת רישוי כפוי במקרים מסוימים להעתקה למטרות הוראה. וראה גם הריון להלן, בסעיף ג(3)(4).

15 ראה פסק-הדין Rosemont (לעיל, הערה 5), 306.

16 ראה Iowa State University Research Foundation Inc. v. American Broadcasting Co. (1980) 621 F2d 57, 60.

את קרה הפרדה הדק בין שימושים שיש להגן עליהם עליידי חוק זכויות יוצרים, לבין השימושים שהרציונלה של זכויות יוצרים עצמה אינה רואה אותם כנמצאים בתחום הצפייה הסבירה לתשלום של היוצר. כפי שננסה להראות בהמשך החיבור, הסיבה העיקרית להחלת הדוקטרינה היא שישנם שימושים מועילים מסוימים שאינם פוגעים באינטרס הכלכלי של היוצר (שאותו יש לטפח כדי להמריצו ליצור למען כלל הציבור)¹⁷. יש להדגיש שזכות יוצרים היא זכות קניין, וטענה "שלא נגרם נזק ליצר" איננה טענת הגנה טובה כאשר מדובר בפגיעה בזכות קניינית (למשל, עליידי העתקת חלק מיצירתו של אדם ללא הסכמתו). אולם ההגנה של "שימוש הוגן" יוצרת חריג לעיקרון זה כאשר מדובר בשימושים מועילים מסוימים שלחברה יש אינטרס בעידודם. כאשר מדובר בשימוש כזה, כגון שימוש בחלק מיצירה למטרת דיווח עיתונאי, הרי שבאיוון שבין היוצר למשתמש גוברת זכותו של האחרון. כאשר לא נפגע האינטרס הכלכלי של היוצר (שהרי דיווח עיתונאי המצטט קטעים מיצירה אינו מהווה תחרות או תחליף לה), מוצדק יותר להתיר את השימוש של העיתונאי מאשר להגן על הזכות האקסקלוסיבית של היוצר.

האם "שימוש הוגן" פירושו מעשה שכלל אינו מפר זכויות יוצרים, תחום שבו לבעל זכות היוצרים לא קיימת זכות ביצירתו, או שמא מדובר בהגנה למעשה הנחשב כהפרה? קיימת פסיקה הקובעת, שדמיון לא מהותי בין היצירה המוגנת ויצירת הנתבע אינו הפרה ולכן הוא "שימוש הוגן"¹⁸, כלומר: ההיפך מדמיון ממשי. פסיקה אחרת קובעת, ששימוש הוגן הוא העתקת הרעיון או המוטיב אך לא את דרך ביטוי¹⁹. למעשה, שתי גישות אלו מזוהות "שימוש הוגן" עם המבחנים הרגילים של קביעת הפרה בזכויות יוצרים. הבעיה האמיתית היא, האם ייתכן שימוש הוגן בסיטואציה שבה הנתבע השתמש בחלק ממשי ומהותי מהיצירה המוגנת, היינו שהשימוש הוגן מהווה הגנה למשתמש הגם שלכאורה הפר את זכות היוצרים. נראה שיש להשיב על שאלה זו בחיוב. התרת השימוש הוגן איננה מבוססת על כך שבשימוש זה הדמיון ליצירה המוגנת אינו מהותי או שזהו שימוש ברעיון ולא בביטוי. מתירים את השימוש הוגן למרות העובדה שהוא דומה דמיון מהותי ליצירה המוגנת ואף-על-פי שהוא מתייחס לביטוי של הרעיון. זוהי הגישה הרלוונטית בפסיקה האנגלו-אמריקנית²⁰, ונראה שלשונו של סעיף 1(1) לחוק מתיישבת עם גישה זו.

17 ראה Seltzer (לעיל, הערה 17), 49. כאן נעזר אחד ההבדלים בין "שימוש הוגן" לבין חריגי פטור ספציפיים שכוחן זכויות היוצרים השונים. "שימוש הוגן" מגן על פעולה מפירה, הנחשבת למעילה מבחינה ציבורית (כגון לימוד, מחקר וכו') כאשר היקף הפעולה הוא כזה שאינו פוגע כלכלית ביוצר. (לפירוס מרכזיותו של השיקול הכלכלי בהכרעה אם שימוש מסוים שנעשה היה "הוגן", ראה סעיף 2(a) לעיל, ובמיוחד הערה 67). חריגי הפטור הספציפיים מבוססים במקרים רבים על שיקולי מדיניות שמחוץ לזכויות יוצרים, ומתירים שימוש על-אף פגיעה כלכלית ביוצר. כך, למשל, בעוד סעיף 1(1) לחוק הישראלי מדבר על טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד, הרי סעיף הפטור 5X(1)2 המתיר לפרסום רשימה כעיתון על הרצאה שנמסרה בציבור (פרט אם היוצר אסר במפורש על פרסום כזה בהודעה כתובה שהודבקה לפני כן באופן בולט במקום שבו ניתנה ההרצאה), אינו מטיל כל הגבלה על סבירות ההעתקה והיקפה.

18 ראה 20th Century Fox Films Corp. v. Stonesifer (1944) 140 F2d 579, 582.

19 ראה, למשל, Sheldon v. Metro Goldwyn Pictures Corp. (1936) 81 F2d.

20 ראה, למשל, Triangle Publications Inc. v. Knight Ridder Inc. (1980) 626 F2d 1171, 1173; וכן א' בלום, זכויות יוצרים (ניומן בע"מ, תשס"ז) 175.

דוגמא לנפקות המשפטית של אימוץ גישה זו נוגעת לנטל ההוכחה. מכיוון שמדובר בהגנה אמיתית המועמדת מול תביעת הפרה, ולא בהעדר אחריות מעיקרא, על המפר נטל ההוכחה כי שימושו הוא שימוש הוגן.

יש הטוענים ש"שימוש הוגן" מבוסס על הסכמה מכללא או הסכמה שבשתיקה של היוצר, כלומר: יש שימושים מסוימים כמו ביקורת או מחקר, שניתן לראות את היוצר כמסכים להעתקה מוגבלת למטרה זו. לדעת הפרופ' Nimmer²¹ זוהי פיקציה, שכן קשה להצדיק עלידי "הסכמה מכללא" שימוש שלולא ההגנה היה נחשב להפרה. כמרכן אין נפקא מינה לכך שהמחבר יכתוב, למשל, בגוף ספרו שהוא "אוסר שימוש פלוני בספר"; גם במצב כזה אפשר להגיע למסקנה שנעשה שימוש הוגן. כפי שכבר אמרנו קודם, הרציונל של ההגנה אינה בהסכמתו המשווערת של היוצר, אלא בצורך באיזון בין האינטרס של הלה לבין שימושים מסוימים, סבירים בהיקפם, שהחברה מעוניינת בעידודם.

מדוע הסף העליון של ההגנה? זה עניין שצריך להכריעו על-פי נסיבות המקרה, אך ישנם פסקידין שקבעו שאפילו העתקה של היצירה המוגנת כולה יכולה להיות בנסיבות מסוימות "שימוש הוגן".²²

בחיבור זה אנתח את ההגנה של "שימוש הוגן" כאמצעי לאיזון בין אינטרסים נוגדים בחוק זכויות יוצרים.

ב. שימוש הוגן – הדין המצוי והדין הרצוי

1. הקשיים שמעורר סעיף 1(1)2 לחוק הישראלי

ניתן להצביע על כמה וכמה בעיות בנוסח הנוכחי של ההגנה בחוק הישראלי: "שימוש הוגן" אינו מוגדר בחוק, ולא ניתנת כל הנחייה כיצד להפעיל את ההגנה. הסעיף עצמו מציין רשימה סגורה של "מטרות" שלשמן מותר להשתמש בחומר המוגן (למשל, לצורכי מחקר או ביקורת). אולם ברור שברשימת המטרות "הלגיטימיות" לא ר"י. גם אדם העושה ביצירה מוגנת שימוש לאחת המטרות שהסעיף מתיר יכול לשאת באחריות להפרה אם השימוש שיעשה אינו "הוגן".²³ שימוש למטרה בעלת חשיבות חברתית הוא תנאי הכרחי, אך לא מספיק. ככל הידוע לנו, הפסיקה הישראלית, עדיין לא דנה בפירושה ובהיקפה של ההגנה. ישנן שיטות משפט – כגון זו של ארצות-הברית²⁴ או זו של אוסטרליה²⁵ – שבחקיקתן יצקו תוכן להגנה של שימוש הוגן, תוך שהן מפרטות מהם השיקולים שיש להתחשב בהם, כאשר מבקשים להכריע בשאלה אם שימוש פלוני הוא הוגן. שיקולים אלו הם בעיקר אופיו של השימוש ומטרותו, טיבה של היצירה נשוא זכות היוצרים, כמוותה ואיכותה של ההעתקה שנעשתה ביחס ליצירה המוגנת בכללותה, וההשפעה הפוטנציאלית

21 ראה לעיל, הערה 10, 13.058.

22 ראה *Williams & Wilkins v. The United States* (1973) 487 F2d 1345; *Universal City Studios Inc. v. Sony Corp.* (1979) 480 F. Supp. 429; rev'd 659 F2d 963 (1981); rev'd 104 S. Ct. 774 (1984).

23 ראה ע"א (ת"א) 178/79 ה"נב"ר נ' אהרן, פ"מ תש"ס (ב) 45, 52.

24 סעיף 107 לחוק האמריקני.

25 סעיף 40-43 לחוק האוסטרלי.

של ההעתקה על הביקוש ו"השוק" של היצירה המוגנת. אף באנגליה, אף-על-פי שהחוק החדש מ-1956 אינו מציין את השיקולים השונים שיש להתחשב בהם (כדומה לחוק הישראלי), הרי שעיון בפסיקה האנגלית מגלה שאותם שיקולים בדיוק הגו את בתי-המשפט בהפעילם את ההגנה במקרה הקונקרטי²⁶.

בעיה נוספת בנוסח הסעיף הישראלי היא, שרשימת המטרות הסגורה אינה מספקת. הסעיף מאפשר העתקה הוגנת לשם "לימוד עצמי", אך שותק באשר לאפשרות של העתקה על-ידי אחר למען הלומד. כתוצאה מכך, עשרים תלמידים שיעתיקו לעצמם קטע מיצירה מוגנת למטרות תלמוד יוגנו על-ידי הסעיף, אך המורה שירצה לחסוך לתלמידיו את הטרחה ויצלם עשרים עותקים אותם יחלק לתלמידיו לאותה מטרה בדיוק, יהיה מפר זכות יוצרים. האפשרות לעשות "שימוש הוגן" ביצירה למטרות הוראה מצוי בחקיקה של שיטות משפט אחרות²⁷.

כמרכז החוק הישראלי לוקה בכך שאינו מתייחס כלל לבעיה של השימושים החדשים המתאפשרים על-ידי הטכנולוגיה המודרנית ואינו נוקט עמדה ביחס לפתרון הראוי ולדרך אכיפתו. כך, למשל, מכונות הצילום הנמצאות בספריות, או הקלטות הוידאו הביתיות לשימוש עצמי המתבצעות על-ידי אנשים פרטיים שלא למטרות רווח. שימושים חדשים אלו מאפשרים העתקה בהיקף עצום, ללא כל יכולת פיקוח של היוצר, כאשר הנזק הכלכלי הנגרם לו הוא כבד²⁸.

מצב זה ניתן לייחס לעובדה שחוק זכויות היוצרים הישראלי, וסעיף 1(1)2 בפרט הוא תרגום מילולי של החוק האנגלי מ-1911 ולא שונה מאז²⁹. מן הראוי לתקן את נוסח הסעיף הקיים וכן לנסות ולמצוא פתרון לבעיה הנובעת של מכונות הצילום. בנושאים אלו נדון בהמשך החיבור.

נפתח בתיאור השיקולים הצריכים להכתיב את תוכנו של הפתרון הרצוי, ואחר-כך נבחן דרכים שונות לניסוח החקיקה של פתרון זה. לאור מסקנותינו בדבר התוכן והצורה של הפתרון הרצוי נציע תוראה שתחליף את התוראות הקיימות ביחס לשימוש הוגן. לגבי קביעתו של הפתרון בחוק נבחן שלוש דרכים עיקריות – האמריקנית, האוסטרלית והקונטיננטלית.

2. השיקולים שיש להתחשב בהם בקביעת "שימוש הוגן"

פסיקה עניפה של שנים רבות במשפט האנגלו-אמריקני גיבשה ארבעה שיקולים מרכזיים שעליהם מכריעים בשאלה אם שימוש פלוני הוא הוגן: טיבו של השימוש ביצירה המוגנת ומטרתו; טיבה של היצירה המוגנת; היקפו של השימוש בה; וההשפעה של השימוש על השוק הפוטנציאלי של היצירה. לאור ניתוח השיקולים השונים והיחסים ביניהם נוכל להסיק מסקנות בנוגע לדירוגם ולמשקלם היחסי.

26 ראה, למשל, *Hubbard v. Vosper* (1972) 2 W.L.R. 389, 394-395; וכן *Belloff v. Pressdram*, 1 All E.R. 241, 263; *Copinger & James, On Copyright* (Sweet & Maxwell, 12th ed., 1981) 514-523.

27 ראה, למשל, סעיף 107 לחוק האמריקני; וסעיף 53 לחוק האוסטרלי.

28 ראה ריון בהרחבה להלן, בסעיף ג.

29 באנגליה, לעומת זאת, התקבל חוק חדש ומודרני יותר בשנת 1956, המחליף את החוק מ-1911.

(א) טיבו של השימוש ביצירה המוגנת ומטרתו

עיון בחקיקה בישראל, בארצות-הברית, באנגליה ובאוסטרליה מגלה שיש הסכמה (כמעט מלאה) על מטרות מסוימות, ששימוש בתומר המוגן עלידי זכויות יוצרים כדי להשיגן יכול להיחשב כ"שימוש הוגן"³⁰: לימוד עצמי ומחקר, ביקורת, סקירה עיתונאית, חדשות, הליך שיפוט³¹ והוראה³². בסעיף 107(1) האמריקני נאמר במפורש, שיש להתחשב בעובדה כי מדובר בשימוש לא מסחרי או בשימוש ללא רווחים למטרות חינוכיות. מדוע נבחרו שימושים אלו דווקא? ניתן להעלות כמה סיבות אפשריות לבחירה זו:

נראה שאחת הסיבות לכך נעוצה בעובדה שאלו שימושים שהינם הכרחיים לפיתוח ולקידום התרבויות והמדעים, כלומר: השימושים שהוק זכויות יוצרים עצמו שוקד על עידודם. ההתקרבות האנושית תלויה במידה רבה בלימוד, במחקר ובהוראה. לא ניתן לבצע פעולות אלו ללא הסתמכות על קודמים וללא העתקה מסוימת של קטעים או חלקים מיצירות אחרות.

כמו כן אלו שימושים שאינם למטרה רווחית-מסחרית אלא קידום מטרה שהאינטרס הציבורי מעניק לה חשיבות רבה: כך המחקר האקדמי וכך, למשל, מוסד העיתונאות, החשוב כליכך בחברה דימוקרטית, כביטוי לתופש הדיבור וכמשרתת את זכות הציבור לדעת. פסק הדין *Bernard*³³ מרגים את החשיבות הרבה המיוחסת לעניינים שהם במרכז החדשות, כגלל האינטרס הציבורי החזק הכרוך בהם: כאשר נרצח הנשיא קנדי ב-1963, עמד במקום האירוע אדם עם מטרטה בידו ויצר שלא במכוון תיעוד היסטורי של הטרגדיה. ה"טיים" רכש את זכויותיו בסרט ועיטר את שבווענו בצילומים הללו. הנתבע פרסם ספר על נושא הרצח, כאשר הוא משתמש באותם צילומים שנתפרסמו ב"טיים". בית-המשפט קבע שיש עניין ציבורי מיוחד בקבלת כל מידע אפשרי על רצח הנשיא קנדי וכתוצאה מכך הכשיר את ההעתקה כ"שימוש הוגן".

ההחלטה זו היא קיצונית בכך שהיא מכשירה למעשה העתקה שלמה ומלאה של כל יצירתו של בעל זכות היוצרים. בית-המשפט תירץ את קביעתו גם בכך שהספר נקנה בשל התיאוריה של המחבר, ושהצילומים שימשו מדגמים בלבד, ולכן לא נגרם נזק כלכלי לבעל זכות היוצרים. אין תחרות בין הצדדים, כיון שה"טיים" אינו "מוכר" את תמונותיו בשום שוק והנתבעים אינם מוציאים שוועון. יתירה מזו: הספר של הנתבע יגביר את פרסומם של הצילומים ויעלה את ערכם³⁴. נראה שבית-המשפט נתפש לטעות. למה הדבר דומה? לטענה שסרט הנוצר בעקבות רומן מצליח בדרך-כלל מגביר מאוד את הפרסום והמכירות של הספר ולכן אין צורך לבקש רשות מהסופר... לסופר הזכות ליצור בעצמו סרט (או למכור את זכויותיו להסרטה) ולכן ישנו הפסד כלכלי: אם ה"טיים" ירצה להפרסם ספר עם התמונות, המכירה שלו תיפגע עלידי התחרות עם ספרו של הנתבע. בית-המשפט בהן, בטעות, את התחרות האקטואלית הקיימת בין הצדדים ולא את התחרות

30 סעיף 107(1) לחוק הישראלי; סעיף 107 לחוק האמריקני; סעיף 6 ו-9 לחוק האנגלי; סעיפים 40-43 ר"ל לחוק האוסטרלי.

31 מצוי רק בהוראת סעיף 46 לחוק האנגלי וסעיף 43 לחוק האוסטרלי.

32 מצוי רק בהוראת סעיף 107 לחוק האמריקני ובסעיפים 40, 53 לחוק האוסטרלי.

33 ראה *Time Inc. v. Bernard Geis Assocs.* (1968) 293 F. Supp. 130, 145-146.

34 שם, 146.

הפוטנציאלית³⁵. נראה שבמקרה זה נעשתה הרחבה מוגזמת של המושג "חדשות", ויישום לא נכון של הגנת השימוש ההוגן. לא די במטרה מותרת (במקרה דנן דווח על מאורע שבמרכזו ההתעניינות הציבורית) אלא אופן השימוש לשם השגת אותה מטרה צריך להיות הוגן. קיום מטרה בעלת חשיבות ציבורית אינו יכול להכשיר פגיעה כלכלית ביוצר³⁶.

כאשר בודקים את השימוש המסורתי שנעשה בהגנה של שימוש הוגן, נראה שבירוב המקרים מדובר בשימוש שעשה יוצר שני בעבודתו של יוצר ראשון, כלומר שימוש שהוא פרודוקטיבי. כאן נערץ נימוק חשוב להצדקת ההגנה, שכן חוק זכויות יוצרים מעניין לעודד ולפתח שימוש בקטעים מיצירות למטרת ביקורת, יצירת פרודיה, דיווח חדשות, מחקר וכו'. קל לקבל שימוש כזה כ"הוגן" – להבדיל משימוש ביצירה למטרה של שמירה נועדה – למשל, העתקת ספר כדי לקרוא בו בבית להנאתי ולחסוך את מחיר הקניה³⁷.

עם זאת, יש להיזהר שלא לגלוש להכללות. ההגנה של "שימוש הוגן" אינה מוגבלת לשימוש פרודוקטיבי³⁸, אף כי כאשר נעשה שימוש פרודוקטיבי ניטה יותר להשתמש בהגנה. הפרופ' Nimmer מביא אף הוא דוגמאות לשימושים שאינם פרודוקטיביים, ושאף-על-פי-כן ההיגיון נוטה לקבלם כהוגנים³⁹: מורה המעתיק להרחבת השכלתו האישית, אורה המעתיק תוכנית חדשה שתעזור לו להתליט איך להצביע, בית-חולים המקליט תוכניות עבור החולים מהטלביזיה כדי להעניק להם בכך "סיוע נפשי", עשיית העתק ברייל לאדם עיוור ועוד. ניתן להתווכח אם אמנם מוצדק למנוע מהיוצר רווח כלכלי בנסיבות אלו, אך ניתן להסכים שכאשר יש הרחבה של "השימוש הפרודוקטיבי" המסורתי לשימושים חברתיים רצויים אחרים – יכריע בית-המשפט על-פי מכלול הנסיבות. בישראל הרחבה כזו כמעט שאינה אפשרית, מכיוון שסעיף 1(12) קובע רשימה סגורה של מטרות. ייתכן שבתי-המשפט ינסו בעתיד להרחיב את המטרות הקיימות כדי לאפשר שימושים רצויים נוספים⁴⁰.

מעבר להבחנה בין שימוש "פרודוקטיבי" לבין שימוש "למטרה הרגילה" עומד נימוק נוסף שיש בו כדי להצדיק את השימושים למטרות כמו מחקר, לימוד, ביקורת ועיתונאות: לרוב השימושים הללו אינם מהווים תחרות או תחליף ליצירתו של בעל זכות היוצרים. מכיוון שכך, לא נפגע האינטרס הכלכלי שלו ולכן לא ייפגע תמריצו להמשיך ולייצר (אם אכן נקבע שהשימוש שנעשה היה הוגן ולא מפר). בנסיבות כאלו גובר האינטרס הציבורי של עידוד הפעולה והשימוש הרצויים מבחינה חברתית על הזכות הטבעית של בעל זכות היוצרים. הא ראייה: כאשר השימוש שנעשה גרם נזק כלכלי ליוצר בהיותו תחליף

35 אותה טעות נעשתה ב-*N.Y. Times v. Roxbury Data Co.* (1977) 434 F. Supp. 217.
36 לקשר בין מטרת השימוש לבין ההספעה הכלכלית של השימוש ראה המסך תתיפרק זה, וכן להלן, ס"ק ד של פרק זה.

37 על-פי פסק-דין רבים, שימוש שאינו פרודוקטיבי אינו יכול להיות הוגן. ראה, למשל, *Dow Jones & Co. v. Board of Trade* (1982) 546 F. Supp. 113.

38 ראה פסק-דין *Sony* בהגיעו לבית-המשפט העליון (לעיל, הערה 22) 795. שם דובר בהקלטות וידאו ביתיות, ובדוראי שהשימוש שהפרט עושה הוא אותו שימוש שלשמו נועד הסרט המוכן שהוקלט על ידיו, ולא שימוש פרודוקטיבי. אף-על-פי-כן החליט בית-המשפט העליון ברוב של 4:5 שהשימוש הוא הוגן.

39 ראה *Nimmer* (לעיל, הערה 10), § 13.05(A).

39 ראה בלום (לעיל, הערה 20), 180.

ליצירתו, לא היתה זו הגנה בידי המפר שהשימוש שהוא עשה הינו "חינוכי ולא רווחי"⁴⁰ או "מספק את האינטרס הציבורי לביוגרפיות והיסטוריה"⁴¹: בפסקהדין *Encyclopedia Britannica*⁴² דובר בתורה לאירווחית (BCES) המבצעת הקלטות וידיאו רחבות-ממדים של תוכניות טלביזיה חינוכיות לשימוש בתי-הספר. בית-המשפט קבע שעלי-אף המטרה החינוכית הלא-רווחית, הרי כשמדובר בהעתיקות כלי-כך נרחבות, הפוגעות פגיעה חמורה בערך השוק של היצירות החינוכיות של בעל זכות היוצרים (שלמעשה ייעודם לבתי-הספר, והתובעים עצמם מפעילים מנגנון של הענקת רשיונות לביצוע העתקות כאלה תמורת תשלום העשוי בהחלט להפוך חסר-ערך אם הנתבע יוכל להעתיק באופן חופשי), לא תיתכן הגנה של "שימוש הוגן". לעומת זאת, גם שימוש מסחרי-רווחי, שהחברה רוצה לעודדו, אם לא פגע באינטרס הכלכלי של היוצר ולא היווה תחליף בשוק ליצירתו – נחשב לשימוש הוגן: בפסקהדין *Knight Ridder*⁴³ נדונה פרסומת של הנתבע ל-T.V. Guide מקומי בעיתונו. לצורך הפרסומת הובאו זה בצד זה צילומים של הספרון של הנתבע ושל ה-T.V. Guide המתחרה, וכן כתובת: "(ours) is a little bit bigger and a little bit better". לא היתה מחלוקת שיש זכות יוצרים גם בתמונת העטיפה של הספרון. בית-המשפט בקובעו שהשימוש היה הוגן, הסתמך בעיקר על כך שאם יש איזו שהיא השפעה על השוק הרי היא זניחה. ייתכן אמנם שהפרסומת "תסחוב" קוראים למתחרה, אך זו תוצאה לגיטימית מעצם הרעיון של פרסום ותחרות בשוק, ולא מכך שהשתמשו בעטיפה דווקא. הפרסום בוודאי אינו מחליף את השימוש של היצירה בשוק. אדם אינו רכש את הספרון כדי להסתכל על עטיפתו⁴⁴.

לסיכום: ניתן לומר שמטרת השימוש ביצירה היא שיקול חשוב במסגרת ההגנה של שימוש הוגן וקיום מטרה בעלת חשיבות ציבורית היא תנאי להכרתנו בקיום ההגנה. עם זאת, אין אפשרות לנתק בין מטרת השימוש לבין האופן שבו הושגה מטרה זו, ובמיוחד ההשפעה הכלכלית של השימוש שנעשה על השוק הפוטנציאלי של היצירה המוגנת.

(ב) מהותה של היצירה נשוא זכות היוצרים

קבוצה שנייה של שיקולים הם גורמים הקשורים ביצירה שזכות היוצרים בה הופרה. קיימת בעייתיות מסוימת בכך שחלק מהשיקולים ניתן לשקלם לשני הכיוונים – הן לחיזוק הטענה של "שימוש הוגן" והן לסתירתה. אפשר לטעון שיצירה לימודית, סביר שיש בה יותר שימוש היכול להיות "הוגן" מאשר ביצירות טכניות כמו ספר טלפונים⁴⁵, כיון שלימוד

40 ראה פסקהדין, 601, 2 Ch. (1916) *University of London Press v. University Tutorial Press*.
614. באותו פסקהדין דנו בפרסום בחינות לתלמידים שחיבר הנתבע בספרו של הנתבע. בית-המשפט קבע ששני הפרסומים הם מתחרים בהיותם נועדים לאותה מטרה, ולכן פסל את הטענה של שימוש הוגן. ראה גם (1983) 695 F2d 1171 *Marcus v. Rowley*.

41 ראה פסקהדין *Iowa* (לעיל, הערה 16), 60-61.

42 לעיל, הערה 5, שם.

43 לעיל, הערה 21; וכן ראה פסקהדין *Roxbury* (לעיל, הערה 35).

44 ראה פסקהדין *Knight Ridder* (לעיל, הערה 20), 1176-1177.

45 ראה *Young* (לעיל, הערה 4), 94.

ומחקר חייבים להתבסס על עבודה קודמת⁴⁶; ואילו בהקשר ליצירה טכנית נקבע פעמים רבות, שכיון שהתוצאה היא זהה (בספר טלפונים חייבים להגיע לאותו סדר אלפביתי של שמות), על היוצר לעשות בעצמו את כל מה שעשה קודמו ולאסוף את המידע לבר⁴⁷. כמרכן ביצירה טכנית כמו ספר הטלפונים, יש פחות יצירתיות ומקוריות וזכויות יוצרים נועדו לקדם את "התרבות והמדעים"⁴⁸. מצד שני, ניתן לטעון שדווקא בספרי לימוד וחומר המוכן למען בתי הספר צריכה להיות פחות העתקה, כי מדובר בהעתקת חומר שמראש ומלכתחילה מיועד לשוק מוגבל, והעתקה "חינוכית" שכזאת תהרוס את השוק ליצירה. לעומת זאת, תיתכן יותר העתקה בחומר שנועד לכלל הציבור או בחומר טכני-עובדתי, כיון שיש פחות השפעה של שימוש המפר, והאיל ומדובר בשוק כללי ולא בשוק מסוים⁴⁹.

גורם נוסף הראוי להתחשבות הוא הפומביות והיקף ההפצה של היצירה המוגנת. כאשר מדובר ביצירה שלא התפרסמה, יש פחות מקום להגנה של "שימוש הוגן", שכן זכות יוצרים כוללת את הזכות למנוע את פרסום היצירה⁵⁰. אין זה הוגן, למשל, לצטט קטעים נרחבים מיצירתו של אדם ולבקרם כאשר היוצר לא פרסמה ואינו מעוניין בחשיפתה לציבור. המצב שונה ביצירה שפורסמה ושלציבור יש גישה אליה. אדם המעוניין בפרסום יצירתו צריך לקחת בחשבון ביקורת לגיטימית על יצירתו, ריחוח עליה באמצעי התקשורת או שימוש בה לצורכי לימוד, מחקר והוראה⁵¹.

לעומת זאת, ביצירה מוגנת שאולה מהשוק, מקובלת הדעה שיש מקום למתן שימוש נרחב יותר תחת ההגנה של שימוש הוגן. ניתן להצדיק ביתר קלות העתקת קטעים לצורך לימוד כאשר אין אפשרות לקנות את המקור ולהיעזר בו ישירות. שיקול זה נזכר מפורשות בחוק האוסטרלי כפי שתוקן ב-1980. סעיף 40 לחוק קובע את "האפשרות להשיג את היצירה בזמן סביר ובמחיר סביר" כשיקול מרכזי בהכרעה אם שימוש הוא הוגן. הרקע לשיקול זה מוסבר ברו"ח של ועדת Franki שהתיקון מ-1980 מבוסס על עבודתה והמלצותיה⁵²: הוועדה מסבירה שההגנה של זכויות יוצרים ניתנת ליוצר "כשבתמורה" מוטלת עליו תובה לספק את הביקוש ליצירתו. כאשר לא ניתן להשיג את היצירה בשוק במחיר ובזמן סבירים, הרי שהיוצר לא "עמד בהתחייבותו" ומנע מהציבור את אשר הוא זכאי לו תמורת ההגנה שניתנה ליוצר. כתוצאה מכך יהיה מותר להעתיק יותר תחת ההגנה

46 ראה פסקדין Rosemont (לעיל, הערה 5), 307.

47 ראה Leon v. Pacific Telephone & Telegraph Co. (1937) 91 F2d 484.

48 ראה פסקדין Roxbury Data (לעיל, הערה 35), 221.

49 ראה Nimmer (לעיל, הערה 10), 13.05(A), ופסקדין Knight Ridder (לעיל, הערה 20), 1176.

50 ראה פסקדין Hubbard (לעיל, הערה 26), 395; ופסקדין Beloff (לעיל, הערה 26), 263.

51 יצירה נחשבת כמפורסמת גם אם פורסמה בזה מסרים של אנשים (למשל, הפצת מאמר מדעי בקרב רופאי בית-חולים מסוים) ואין צורך בפרסום בהיקף נרחב וכולל רווקא. ראה לעניין זה פסקדין Beloff (לעיל, הערה 26), שם.

52 Report of the Copyright Law Committee on Reprographic Reproduction (Australian Government Publishing Service, Canberra 1976). לדין מלא בהמלצות הוועדה ראה D.C. Pearce, "Letter from Australia - Report of the Australian Copyright Committee on Reprographic Reproduction" 13 Copyright (1977) 96; D. Catterns, "Letter from Australia - Report of the Franki Committee & the Time-Life Case" 25 Bull. of Copyright Society (1977-8) 145.

של "שימוש הוגן". לדעתנו, אין להפעיל שיקול זה באופן קיצוני ונרחב. לצד זכות הציבור לזרימת מידע חופשי יש לשקול את זכותו של היוצר לפקח על השימוש הנעשה ביצירתו, וזכות זו אף כוללת סמכות למנוע הפצה בכמות ובחיקף שבהם אינו מעוניין. במיוחד יש להגביל את תחולתו של שיקול זה בכל הנוגע ליצירות אמנות (להבדיל מיצירות ספרותיות), שכן ביצירות כאלה (למשל, מספר הרפרודוקציות של תמונה הנמצאות בשוק) הערך של היצירה קשור קשר הדוק עם מספר העותקים שהיוצר מעוניין להפיץ.⁵³ עם זאת, קיום היצירה המוגנת בשוק הוא שיקול לגיטימי ורלבנטי בהכרעה אם שימוש פלוגי הוא הוגן. שיקול זה אינו עומד לבשעצמו, אלא יש לשקללו עם כל יתר הגורמים ונסיבות העניין.

(ג) היקף השימוש ביצירה המוגנת

על-פי שיקול זה, יש לבחון את הכמות והאיכות של החומר שנעשה בו שימוש בהשוואה ליצירה בשלימותה. בפסקידין רבים נאמר שהעתקת כל היצירה – ואין נפקא מינה לאיזו מטרה – אינו שימוש הוגן. היו פסקידין שקבעו זאת ככלל שייתכנו לו חריגים,⁵⁴ והיו אחרים שקבעו זאת ככלל הפוסל תמיד הגנה של שימוש הוגן.⁵⁵ מה הנימוק לקביעה, שלפחות בררן-כלל, שימוש בכל היצירה אינו יכול להיות שימוש הוגן? נימוק אפשרי הוא ששימוש ביצירה המוגנת בשלימותה (או בחלק מאוד מהותי ממנה) פוגע בצורה כה משמעותית בזכותו הטבעית של היוצר לפרי עמלו, עד שלא ניתן להצדיקה בשום פנים כהוגנת: הדוקטרינה של "שימוש הוגן" אסור שתשמש הכשר ל"גניבה" על-ידי נתינת סמכות לבתי-המשפט להתעלם מזכות יוצרים כאשר ליצירה מוגנת פלוגית יש חשיבות ציבורית.⁵⁶

גישה זו תופשת את הדוקטרינה של "שימוש הוגן" כביטוי לסבירות: רק כאשר מדובר בשימוש חלקי וסביר, למטרות מועילות, ניתן להצדיק פגיעה בזכות הטבעית של היוצר. הגישה "הערכית" הובלטה באותם פסקידין שבהם לא נגרם נזק כלכלי ליוצר, שכן בסיטואציה כזו חוסר-הגכונות להכשיר העתקה בממדים נרחבים מהווה בסיס יחיד לפסילת ההגנה של שימוש הוגן.⁵⁷ נימוק נוסף לפסילת העתקה של כל היצירה (או כמעט כולה)

53 אף אם נגרוס שעל-פי לשון הסעיף אין מקום להגבלת ליצירות דפוס דווקא, הרי שקשה להעלות על הדעת שימוש למטרת "לימוד ומחקר" שיצריך עשיית רפרודוקציה או ליטוגרפיה מתמונה...

54 ראה פסקדין *Rosemont v. Britannica* (לעיל, הערה 5) וכן *MCA Inc. v. Wilson* 677 F.2d 180 (1981).

55 ראה פסקדין *Marcus* (לעיל, הערה 40) וכן *Walt v. Benny v. Loew's Inc.* 239 F.2d 532 (1956); *Wihtol v. Crow* 309 F.2d 777 (1962); *Meridith Disney v. Airpirates* 581 F.2d 751 (1978); *Robert Stigwood v. Corp. v. Harper & Row Publishers Inc.* 378 F. Supp. 686 (1974); *O'Reilly* 346 F. Supp. 376 (1972).

56 פסקדין *Iowa* (לעיל, הערה 15), 61.

57 ראה לעיל, הערות 54 ו-55. בפסקדין *Benny*, למשל, גרונה פארודיה שהתבססה על חלקים ניכרים מהמקור. יצירה פארודית אינה מהווה תחליף למקור, ושתי היצירות עומדות זו בצד זו ואינן מתחרות, ובכל-זאת קבע בית-המשפט ששימוש כמותי כה נרחב אינו יכול להיחשב כהוגן. יש להוסיף שבפסקדין *Airpirates* ו-*Wilson* רחיית ההגנה של "שימוש הוגן" נבעה גם מרצון להגן על הזכות המוסרית של

כ"שימוש הוגן" נעוץ בכך, שברוך-כלל העתקה כזו גורמת נזק כלכלי לבעל זכות היוצרים, בהזוהה, למעשה, תחליף ליצירה המקורית. עליפי גישה זו, כאשר מדובר בשימוש בעל ערך חברתי שאין בצדו נזק כלכלי ליוצר, גם שימוש בכל היצירה יכול להיות הוגן⁵⁸; ואמנם, מסקירה של הפסיקה האמריקנית נראה שכרוב המקרים שבהם היתה העתקה מלאה, היו גורמים נוספים שהצדיקו פסילה: בפסקדין *Crow*⁵⁹, דובר במורה לזמרה שצילם כ-50 עותקים של שיר מוגן בזכות יוצרים וחילק לתלמידיו, ונקבע שזו היתה הפרה. במקרה זה, מלבד העתקה מלאה היתה גם הפצה של העותקים. בפסקדין *Iowa*⁶⁰ היתה פגיעה בשוק כיון ששתי היצירות התחרו באותו מדיום (סרט טלביזיה)⁶¹.

מעניין לציין שמטרות השימוש השונות, המותרות עליידי הגנת השימוש ההוגן, הן מטרות שכרוב המקרים אינן מצריכות שימוש בכל יצירתו של היוצר. כך, למשל, בביקורת או בדיווח על מאמר לא יצוטט זה במלואו, אלא אך ורק קטעים קצרים ממנו לשם הדגמה והסברה; ואכן, בפסקדין *Karll v. Curtis*⁶², כאשר לצורכי מאמר עיתונאי על קבוצת כדורגל צוטט חלק מפזמון "שיר הקבוצה", קבע בית-המשפט, ובצדק, שהשימוש הוא "הוגן"⁶³. מובן, שאם תחת מסווה של "ביקורת" יועתקו קטעים נרחבים מיצירה מוגנת ללא הצדקה, השימוש לא יהיה הוגן. כפי שכבר נאמר, לא די במטרה לגיטימית להעתקה אלא השימוש בעצמו לשם השגת המטרה צריך להיות סביר והוגן⁶⁴.

ייתכנו מקרים שבהם נרצה להצדיק גם שימוש בכל היצירה כ"שימוש הוגן", כאשר השימוש אינו מהווה תחליף ליצירה בשוק. מצב כזה אפשרי, למשל, כאשר השיקול של "כמות העתקה" אינו ניתן ליישום. כך הדבר כשהיצירה המוגנת היא צילום או איור גרפי. שימוש ביצירה במקרה כזה הוא בבחינת "הכל או לא כלום"⁶⁵.

היוצר, כיון שלדעת בית-המשפט השתמשו ביצירה המוגנת לצרכים פורנוגרפיים. ראה גם "The Parody Defence to the Copyright Infringement – Productive Fair Use after Betamax" 97 Har. L. Rev. (1984) 1395, 1400-1405.

פסקדין *Bernard* (לעיל, הערה 33), *Dow Jones* (לעיל, הערה 36) ו-*Knight Ridder* (לעיל, הערה 20).

58 לעיל, הערה 55.

59 לעיל, הערה 16.

60 פגיעה כלכלית מהעתקה מלאה היתה גם ב-*Marcus* (לעיל, הערה 40). באותו פסקדין ספריהבישול של הנתבעת שהעתיק באופן כמעט מלא את המקור היווה תחרות ותחליף לספריהבישול של התובעת. 39 F. Supp. 836 (1941).

61 ראה *Nimmer, On Copyright* (Cases & Materials West Publ., 2d ed., (1979) 385.

62 ראה פסקדין *University of London Press* (לעיל, הערה 40), 613 *Beloff* (לעיל, הערה 26), 262.

63 בהקשר זה מאלף נסיונו האישי של William Scott: "Other People's Images – A Case History", in: *Fair Use & Free Inquiry – Copyright Law and the New Media* (Ablex Publ. Corp., 1980) 62.

סקוט כתב ספר על ביטוי דוקומנטרי באמריקה בשנות השלושים. לשם הרגמה ביקש להכליל תמונות של פרסומות גראפיות וצילומים מהתקופה ההיא. ברצותו לפעול כשורה פנה לייעוץ לפרופסור לזכויות יוצרים. הלה הציע לו לכתוב מכתבים לכל המפרסמים ולבקש רשות, ואם יסרבו – שיקח על עצמו סיכון של הפרכת טענת "שימוש הוגן" כי על אף שמרוב בהעתקה של "הכול", הרי ניתן להצדיק זאת למטרת מחקר. סקוט כתב מכתב לכל מפרסם ומפרסם שביצירתו ביקש להשתמש ובו הסביר לו כיצד ישתמש בפרסומת תוך אזכור המקור. משימה זו היתה קשה מכפי ששיער: חלק מבעלי זכות היוצרים נפטרו, וחלקם לא הצליח לאתר; היו שלא ענו כלל למכתבו והיו שדרשו תשלום גבוהה עבור

בשתי התדיינותות שאירעו בעת האחרונה *Williams & Wilkins*⁶⁶, עלתה שאלת ההעתקה המלאה בכל חומרתה. בפסקהדין ויליאמס גורנו צילומים בספרייה מדעית בהיקף נרחב מאוד למען חוקריה, ופסקהדין סוני דובר בהקלטות וידיאו ביתיות לשימוש פרטי. בשני פסקהדין החלט שהשימוש מותר והוגן, כשאחד הנימוקים העיקריים לכך הוא אי הוכחת הנזק עליידי התובעים. בהמשך ננסה להראות שבית-המשפט טעה בכך שמפאת רצונו להצדיק (מסעמי מדיניות) שימושים אלה, קבע שלא נגרם נזק כלכלי לבעל זכות היוצרים.

(ד) השפעת השימוש על ערך היצירה המוגנת ועל השוק הפוטנציאלי שלה

מעיון בפסיקה עולה (אף אם לא נאמר במפורש) שהשפעת השימוש על ערך היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה הוא הגורם החשוב ביותר להכרעה אם שימוש פלוני הוא הוגן⁶⁷. יש לבחון לא רק את מעשהו של הנתבע הספציפי, שלעיתים קרובות השפעתו על השוק של התובע היא זניחה – אלא את ההשפעה של מעשים לא-מוגבלים ונפוצים מהסוג שעושה הנתבע, שיתאפשרו מ"התרת הרסן" והכרזת שימוש מסוים כ"מותר" וכ"הוגן"⁶⁸. כך, למשל, אם המקליט סרט וידיאו בביתו – השפעתו על תעשיית הסרטים של החברה התובעת היא זניחה. לא כך השפעתם של אלפים רבים שינהגו כמוהו. כמובן יש לבחון לא רק את המדיום המסוים שבו מופיעה כל אחת משתי היצירות, אלא גם את הפעולה של כל יצירה במנותק מהמדיום: סרט שנעשה על-פי ספר אינו מקטין (ואולי אף מגדיל) את הפצת הספר, אך בוודאי יפגע השוק של התובע כאשר ירצה להשתמש בזכותו לעיבוד קולנועי של יצירתו.

לעתים מדיום זה יכול להצביע על שימוש שאינו הוגן: הכללת שירו של התובע בקובץ שירים שאסף הנתבע מהווה הפרה של זכות יוצרים. זאת כיון שהפונקציה של שניהם בשוק היא שווה והם תחליפיים⁶⁹. במצבים אחרים ייתכן שימוש הוגן על-אף הזהות במדיום: למשל, שיר המצוטט במאמר עיתונאי המבקר אותו. במקרה זה המאמר בעיתון אינו מהווה תחליף למי שמעוניין בשיר⁷⁰.

השימוש נמצא אף יוצרים שסירבו לתת הסכמתם לפרסם. טקס החליט לפנות לערכאות בהקשר לפרסומת פלונית ולטעון "שימוש הוגן" כדי להכריע בסוגיה לטובת כל אלה שיבואו אחריו. בסופו של דבר התדיינות זו לא התקיימה כיון שהתברר כי זכות היוצרים בפרסומת הספציפית שפקעה עם הזמן לא חודשה... הפרשה הסתיימה בכך שסקוט פרסם את רוב האיוורים שרצה בהם, אך כדי להשיג את מטרותו כתב כמאה מכתבים ובזבז חודשים רבים של זמן במלאכה מטרידה תוך הוצאת מאות דולרים. אין ספק שבמקרה כזה היה רצוי לקבוע הגנה של "שימוש הוגן". דו"כ בשימוש בפרסומת בת 40 שנה לערך, כהדגמה, בתוספת אוכור המקור – שימוש שבוודאי אינו מוגע בשוק של המפרסם, ולמטרה של מחקר.

66 ראה לעיל, הערה 22.

67 ראה פסקהדין *Knight Ridder* (לעיל, הערה 20), *Dow Jones*, 1177 (לעיל, הערה 36), *Marcus*, 121 (לעיל, הערה 40), *Roxbury* (לעיל, הערה 35), 223.

68 ראה *Nimmer* (לעיל, הערה 10), 13.05(A).

69 ראה *Johns & Johns Printing Co. v. Paull Pioneer Music Corp.* (1939) 102 F2d 282.

70 ראה פסקהדין *Karll* (לעיל, הערה 62).

מן האמור עולה השאלה המרכזית והמכרעת: האם השימוש שנעשה ביצירה המוגנת מהווה תחליף עבורה בשוק, במובן של ביקוש צרכני, ובכך פוגע בה ובערכה. כפי שנרמז לעיל, השיקולים שרנו בהם קודם-לכן – מטרת השימוש ביצירה המוגנת, טיבה של היצירה המוגנת והיקף השימוש שנעשה בה – סובבים סביב שיקול מרכזי זה. כאשר השימוש שנעשה מתחרה ביצירה המוגנת ופוגע בשוק הפוטנציאלי שלה, לא יהיה זה שימוש הוגן ואין נפקא מינה שהמטרה שלשמה נעשה השימוש הוא מן המטרות שחוק זכויות יוצרים רוצה לעודד (על-ידי הכנסתן לגדר הסעיף הדן בשימוש הוגן). שימוש הפוגע בשוק של היצירה המוגנת ברוב המקרים מערב שימוש בחלקים ניכרים ומהותיים של היצירה, ובית-המשפט ייטה להגן על היצירה שנפגעה באופן זה תוך התחשבות מעטה בטיבה של היצירה המוגנת. מצד שני השיקולים המשניים מהווים כל-ייעור להכרעה אם אירעה פגיעה בשוק של היצירה. כך, למשל, שימוש לנאצה ראוי, תוך העתקת חלקים קטנים מהיצירה, כאשר מדובר ביצירה מוגנת שפורסמה ועומדת לרשות הציבור – הגטיה תהיה להתיר שימוש זה כהוגן, כיון שבהתקיים התנאים לעיל לא תהיה פגיעה בערך של היצירה ובשוק הפוטנציאלי שלה.

בטרם נציע נוסח שיחליף את סעיף 1(1)2 לחוק זכויות היוצרים הישראלי, נבחן דרכי חקיקה אלטרנטיביות הנהוגות בשיטות משפט אחרות. נציג שלוש שיטות עיקריות: האמריקנית, האוסטרלית והקונטיננטלית.

3. טכניקות חקיקה אלטרנטיביות לסעיף 1(1)2

(א) ארצות-הברית

כלל השימוש ההוגן קבוע בארצות-הברית בסעיף 107 לחוק הפרדלי בדבר זכויות יוצרים משנת 1976⁷¹. סעיף זה נועד לגבש את ההלכות הפסקות בנושא זה שתחילתן באמצע המאה התשע-עשרה⁷². המחקר הכיר בכך שאין לקבוע כללים נוקשים, שכן "שימוש הוגן"

71 שוה נוסח:

"Notwithstanding the provisions of section 106, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship or research, is not an infringement of copyright.

In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use factors to be considered shall include –

- (1) The purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes.
- (2) The nature of the copyrighted work
- (3) The amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole, and
- (4) The effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work."

72 פסקהדין הראשון שקבע הגנה זו הוא 342, 343 F. Cas. (1841) 9 F. Cas. 342, 343, ובמידה רבה השיקולים שקבע עוגנו בחוק החדש בסעיף 107.

הוא מכשיר המשלב סכירות עם צדק על-ידי נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. הנוסח הקיים של הסעיף קובע רשימה פתוחה של מטרות ש"שימוש הוגן" ביצירה מוגנת כדי להשיגן, לא ייחשב כהפרה של זכות יוצרים. המטרות הנזכרות הן אותם שימושים מסורתיים של "שימוש הוגן" שנדונו על-ידינו לעיל: ביקורת, דיווח חדשות, לימוד, הוראה ומחקר. לאחר-מכן הסעיף קובע רשימה (פתוחה) של שיקולים שבהם יש להתחשב בכדי להכריע אם שימוש פלוני הוא הוגן: מטרתו של השימוש וטיבו, טיבה של היצירה המוגנת, היקפו של השימוש ביחס ליצירה המוגנת בכללותה וההשפעה של השימוש על הערך או השוק הפוטנציאלי של היצירה.

יתרונה של טכניקה חקיקתית זו הוא בכך שהיא נותנת הנחיות בהקשר לדרך הקביעה של שימוש כהוגן, ויחד עם זאת אין היא נוקשה ומשאירה שיקול דעת רחב לבית-המשפט. ניסיון של שנים רבות בבתי-המשפט הוכיח שהמציאות היא כה רב גונית עד שאין לנסות לצפותה מראש ולקבוע כללים קבועים או מטרות מסוימות שרק שימוש ביצירה מוגנת במטרה להשיגן ייחשב כהוגן. רשימה פתוחה של מטרות תאפשר להחשיב כ"שימוש הוגן" מטרות מועילות מבחינה חברתית, הסונוות מהשימושים שנחשבו באופן מסורתי לשימוש הוגן: בית-המשפט יוכל להכשיר צילום מסמכים של פלוני על-ידי אלמוני כהכנה להדיינות משפטית עמו, או שידור של פזמון שהוקלט באקראי כאשר רשת טלביזיה הסריטה תהלוכה שעברה ברחובות העיר. עם זאת, במרבית המקרים השימושים שייחשבו כהוגנים יתמצו ברשימה הקיימת של המטרות⁷³. יש להגיה שכאשר מדובר בשימוש שאינו לאחת המטרות "המסורתיות", בית-המשפט ידרוש מהנתבע הוכחות מוצקות יותר ששימושו מועיל וחשוב מבחינה חברתית ואינו פוגע ביוצר.

חסרון מסוים של הסעיף האמריקני הוא בכך שאינו מדרג את השיקולים על-פי חשיבותם ואינו קובע משקל יחסי של כל גורם. כפי שהסברנו לעיל⁷⁴, השיקול של השפעת השימוש על השוק הפוטנציאלי של היצירה המוגנת הוא השיקול המרכזי ויש לומר זאת במפורש.

(ב) אוסטרליה

חוק זכויות היוצרים האוסטרלי הוא משנת 1968, יבשנת 1980 נעשו בו תיקונים משמעותיים ברוח החוק האמריקני. ההגנה של שימוש הוגן קבועה בסעיפים 40–43 ובסעיף 53 לחוק. החוק מכדיל בין שימוש למטרות לימוד ומחקר⁷⁵ לבין שימוש למטרות האחרות המאפיינות שימוש הוגן: בעוד שלגבי הראשונות נקלטו ארבעת השיקולים המנחים את סעיף 107 לחוק האמריקני, הרי לגבי המטרות האחרות החוק נוקט דרך של רשימה סגורה וללא הנחיות באשר לאופן הפעלת שיקול הדעת השיפוטי.

התיקון האוסטרלי הוא מעניין וחדשני הודות לניסיון שנעשה בו להפוך את המכשיר של "שימוש הוגן" לקבוע וודאי יותר. המחוקק האוסטרלי ניסה לפתור את חוסר-הוודאות של ההגנה על-ידי כימותה. על-פי סעיף 40(3) לחוק, ישנו סף מינימלי שייחשב תמיד

73 ראה פסק-דין *Knight Ridder* (לעיל, הערה 20), 1175.

74 ראה לעיל, סעיף ב(2).

75 סעיף 40 לחוק.

כשימוש הוגן כאשר מדובר בשימוש למטרת לימוד או מחקר: מאמר שלם או חלק סביר מיצירה, המוגדר בסעיף 10(2) לחוק כפרק אחד או 10% ממנה. אם ההעתקה שנעשתה עוברת סף זה, עדיין אפשר לנסות ולבדוק "שימוש הוגן" על-פי השיקולים הרגילים. גם בהקשר לצילום יצירה מוגנת למטרת הוראה נקבע בסעיף A53 סף מקסימלי שניתן לצלם בכל מקרה – שני עמודים או 1% מהיצירה, כשניתן למורה לחזור על הפעולה רק אחת לשבועיים...⁷⁶ מעבר לסף זה – קיימת הפרה של זכויות יוצרים.

הניסיון האוסטרלי "לכמת" את היקף ההעתקה המותרת ראוי להערכה, אך ספק אם יש בו תועלת של ממש. ראשית, חקיקה כזו בוצעה רק בהקשר לתחום הלימוד והמחקר, כשבשאר התחומים (כמו, למשל, ביקורת או חדשות) עדיין יש צורך בהפעלת שיקול-הדעת הרגיל. שנית, קביעה שבכל מקרה כמות מסוימת של העתקה היא הוגנת היא בהכרח שרירותית. שימוש הוגן הוא מכשיר של צדק התלוי בנסיבות, וכמות "הוגנת" של העתקה היא בהכרח שונה ממקרה למקרה. יהיו מקרים שכמות לא מבוטלת תיחשב כהוגנת, ולהיפך – גם העתקה שאינה עוברת את הסף המקסימלי ייתכן שנרצה לפוסלה.

אף המבחן הרגיל לקביעת קיומה של "הפרה" בזכויות יוצרים – האבחנה בין "הרעיון" ו"ביטוי" – איננה ניתנת לקביעה מפורשת ומוגדרת, ותלויה מאוד בדקויות ובגונים של מקרה והתרשמות בית-המשפט.

לדעתנו, הן הטכניקה של סעיף 40 והן הטכניקה של סעיף A53 לוקה בפגמים: סעיף 40 מתיר לנסות ולהוכיח "שימוש הוגן" אף בהקשר לכמות העולה על הסף המינימלי, ובכך מונע אי-צדק על-ידי קביעה שכל העתקה מעל סף מסוים היא בהכרח הפרה. אולם החסרון של טכניקת חקיקה כזו הוא בכך שלא העילה כמעט ברבר – רוב מקרי ההפרה שבהם יטרחו אנשים ויפנו לבית-המשפט, השימוש המפר יעבור את הסף המינימלי ובית-המשפט יצטרך לדון על-פי השיקולים הרגילים. לעומת זאת, סעיף A53, "יעיל" בכך שמעבר לסף מסוים של העתקה לא ייתכן שימוש הוגן, אולם מחיר היעילות הוא כבד – אי-צדק ושרירות כאשר מדובר בשימוש שנרצה להכשירו כהוגן, והעובר את הסף המינימלי.

(ג) משפט מדינות יבשת אירופה

דיני זכויות היוצרים במדינות יבשת אירופה מבוססים על אמנת ברן⁷⁷, שעליה התומות מדינות הקהילה האירופאית. אמנת ברן מתירה למדינות חקיקה פנימית של חריגי פטור בהקשר לשימוש ביצירות מוגנות. התפישה הקונטיננטלית הבסיסית של זכויות יוצרים היא של זכות טבעית ואבסולוטית הקשורה לזכויות הקניין. זכות טבעית זו נוצרת *ex lege* מרגע היצירה וללא צורך בהליכי רישום מנהליים⁷⁸. הגנה של זכות יוצרים החלה מרגע היווצרות היצירה מאפינת את תשע ארצות הקהילייה האירופאית⁷⁹.

76 סעיף A53. מעבר לסף זה – חובת רישוי לפי סעיף B53.

77 אמנת ברן נחתמה ב-1886 בברן ושונתה בברלין (1908), ברומא (1928), בבריסל (1948), בשטוקהולם (1967) ובפריס (1971). אנו נדון בנוסח האחרון מפרס (להלן: ה-RBC).

78 זהו אף הרין בישראל. בארצות-הברית יש חובת רישום כדי להקים זכות יוצרים.

79 ראה, A. Dietz, *Copyright Law in the European Community* (Sijthoff & Nordhoff Publ., 1978) 9-15.

ההגנה של שימוש הוגן היא דוקטרינה שיפוטית שפותחה על-ידי בתי-המשפט האנגלו-אמריקניים. בארצות הברית לא קיימת הגנה כללית כזו מבוססת על מבחן של "הגינות וצדק", אך גם שם, כמובן, נוצר הצורך בקביעת חריגים לזכותו האבסולוטית של היוצר. חריגים אלו יונקים מסעיף 9(2) לאמנת ברן (RBC).

ה-RBC קובע שני מבחנים לחקיקה כזו המגבילה את זכותו של היוצר: (א) האם השימוש פוגע ב"ניצול רגיל" של היצירה על-ידי בעל זכות היוצרים והפקת התועלת הכלכלית ממנה? אם התשובה לכך היא חיובית, אזי השימוש צריך להימנע. אם אין פגיעה כזו, מופעל מבחן נוסף: (ב) האם ישנה פגיעה ב"אינטרס לגיטימי" של יוצר? רק כשהתשובה לכך היא שלילית, ניתן להתיר שימוש חופשי ללא צורך בהסכמת היוצר ובפיצוי או לחוקק סעיף רישוי כפוי מוותר על הצורך בבקשת הסכמה מבעל זכות היוצרים לשימוש, אך מטיל חובת תשלום פיצוי כספי. למעשה, רישוי כזה הופך את זכותו של היוצר מזכות אקסקלוסיבית לפיקוח ולוויסות השימוש ביצירתו לזכות לפיצוי.

לכאורה נראה שהמבחנים הקונטיננטליים מחמירים יותר מהמבחן המקובל של שימוש הוגן: המבחן הראשון של "ניצול רגיל" דומה באופיו למבחן הפגיעה הכלכלית בערך היצירה (שעליו מושם הדגש בפסיקה האנגלו-אמריקנית). אך נראה שהמבחן השני של "אינטרס לגיטימי" מוסיף דרישה נוספת המתחשבת יותר ביצור וברצונותיו בהקשר לניצול יצירתו, מעין מבחן "חברתי". אך במבט בוחן יותר, ומסקירה של החקיקה הספציפית במדינות היבשת מפליא לגלות תוצאות דומות למדי לתוצאות האמריקניות מבחינת השימושים המותרים. שימוש שהיה מוגדר כ"שימוש הוגן" במשפט האנגלו-אמריקני מתאפשר על-ידי חקיקת חריגים מיוחדים בקונטיננט, המסייגים את זכותו האקסקלוסיבית של היוצר. כך, למשל, ברוב מדינות הקונטיננט חקיקה המתירחסת לתופש ציטוט מיצירה מוגנת⁸¹, שימוש חופשי בחומר לצורך דיווח עיתונאי וחדשות⁸², שימוש חופשי בנאומים ציבוריים⁸³ הקלטות לשידורים בבת-ספר למטרות חינוכיות⁸⁴.

בנושא השימוש העצמי הביתי (למשל, הקלטות בוידאו הפרטי) או השימוש למטרות לימוד ומחקר, אין אחדות בחקיקה הקונטיננטלית. יש מדינות, כמו צרפת ובלגיה, שאינן מחילות כל הוראות בנושאים אלו. לכאורה יש כאן הגנה מירבית על האינטרס של היוצר, שכן באין חריגי פטור לשימוש עצמאי שכזה הוא אסור, וזכותו האבסולוטית של היוצר שלימה. אך העדר חקיקה שכזה מתעלם מהמציאות, ובוודאי יש הפרות המוניות ללא כל

80 ראה G. Kolle, "Reprography and Copyright Law: A Comparative Law Study Concerning the Role of Copyright Law in the Age of Information" 6. IIC (1975) 382, 392.

81 סעיף 11(1) ל-RBC; סעיף 13 לחוק הבלגי; סעיף 51 לחוק הגרמני; סעיף 16(b) לחוק ההולנדי; סעיף 14 לחוק הדני; סעיף 11(1) לחוק מלוקסמבורג; סעיף 41(3) לחוק הצרפתי. ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 151-150.

82 סעיף 14 ר' 21 לחוק הבלגי; סעיף 149(1) ו-50 לחוק הגרמני; סעיף 15(b) ו-16(a) לחוק ההולנדי; סעיף 15 לחוק הדני; סעיף 14(1) ו-2 לחוק מלוקסמבורג. ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 149-145.

83 סעיף 48 לחוק הגרמני; סעיף 11 לחוק מלוקסמבורג; סעיף 41(3) לחוק הצרפתי. ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 145-144.

84 סעיף 47 לחוק הגרמני (אך צריך לשלם לאחר שנה אם רוצים לשמור את ההקלטה); סעיף 13(ב) לחוק מלוקסמבורג, ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 144-141.

אפשרות אכיפה עלידי היוצר. לעומת זאת, במדינות כמו גרמניה, צרפת ודנמרק, שלהן חקיקה המתירה שימוש פרטי בהיקף נרחב וללא תשלום (כגון לצורך לימוד ומחקר)⁸⁵, יש פחות הפרות מבחינה "טכנית", אך קיים הפסד ממשי ליוצר בניצול יצירתו. מדינות הקונטיננטל משיגות אפוא, באמצעות פטורים מיוחדים, אותן מטרות שהמשפט האנגלו-אמריקני משיגן באמצעות דוקטרינת ה"שימוש ההוגן". לדעתנו, הטכניקה החקיקתית של "שימוש הוגן" עדיפה על פני חריגי הפטור הספציפיים שבדין הקונטיננטלי. דיני זכויות יוצרים מנסים לאזן בין זכות הקניין של היוצר לפיקוח ושליטה מלאה על השימוש ביצירתו לבין שימושים רצויים של הציבור ביצירה שאותם החברה רוצה לעודד ולהתיר ללא צורך בהסכמת היוצר וללא תשלום. כפי שהוסבר לעיל⁸⁶, מן הדין להצדיק פגיעה כזו ביוצר רק בהתקיים שני תנאים: (א) השימוש רצוי מבחינה חברתית; (ב) השימוש אינו פוגע כלכלית ביוצר (עלידי יצירת תחליף פוטנציאלי ליצירתו). חריגי פטור ספציפיים מקיימים בהרבה מקרים את התנאי הראשון בלבד בקובעם שמותר שימוש למטרה או בהיקף מסוימים. קביעה שכמות מסוימת של העתקה או שימוש למטרה מסוימת תמיד מותרת היא בהכרח שרירותית. יהיו מקרים שבהם גם שימוש המתאפשר עלידי סעיף הפטור מהווה תחליף ליצירה המוגנת, ועליכן אינו מקיים את התנאי השני. הדוקטרינה של "שימוש הוגן" מהווה "מסננת" נוספת והכרחית לכשרות השימוש, בדורשה שימוש סביר ומוצדק. "שימוש הוגן" פחות מוגדר וודאי מאשר חריגי פטור ספציפיים, אך הוא מאפשר מבחן של הגינות על-פי נסיבות המקרה.

4. הצעה לתיקון סעיף 1(1)2 לחוק זכויות יוצרים

לאור ניתוח הדוקטרינה של השימוש ההוגן, ניתן להציע נוסח שיחליף את סעיף 1(1)2 הקיים. מבין ררכי החקיקה האלטרנטיביות שהצגנו, שיטה המבוססת על הרגם האמריקני עדיפה. שיטה זו מעניקה לבית המשפט שיקול-דעת ומאפשרת הכרעה לפי נסיבות המקרה, אך ברבבד קובעת הנחיות באשר לאופן השימוש בשיקול-הדעת.

(א) נוסח הצעת התיקון

סעיף 1 לחוק זכויות יוצרים הקיים יקבע כפי שהוא קובע כיום: (א) את הזכויות השונות הניתנות לבעל זכות היוצרים; (ב) את הזכות השמורה לבעל זכות היוצרים ששימוש בהן לא ייעשה אלא עלידי או בהסכמתו.

סעיף 2 לחוק זכויות יוצרים יקבע:

(א) על אף האמור בסעיף 1(ב), שימוש הוגן ביצירה לא ייחשב כהפרה של זכות יוצרים.
(ב) שימוש הוגן הוא שימוש שאינו פוגע בערך הכלכלי של זכות היוצרים ביצירה,

85 סעיף 11 ר"ל לחוק דנמרק; סעיף 53 ר"ל לחוק הגרמני; סעיף 2(4) לחוק הצרפתי; סעיף 68 לחוק האיטלקי; סעיף 16(b) ר"ל לחוק ההולנדי, ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 154-153.
86 ראה לעיל, הערה 74, שם.

ואשר נעשה למטרות בעלות חשיבות חברתית, כגון לימוד, מחקר, הוראה, ביקורת, סקירה או תמצית עיתונאית.
 (ג) בבואו לקבוע אם שימוש כלשהו הינו שימוש הוגן, ייתחשב בית המשפט, בין היתר, באלה:
 (1) מהותה של היצירה;
 (2) היקף השימוש ביצירה וטיבו.

(ב) דברי הסבר

סעיף קטן (א) מבהיר, שלפנינו הגנה אמיתית – שימוש שלילא סעיף זה היה נחשב למפר זכויות יוצרים, לא יאה כזה אם הוא מקיים את תנאי השימוש ההוגן.

סעיף קטן (ב) מגדיר את הגנת השימוש ההוגן המכילה שני תנאים מצטברים: (1) שימוש שאינו פוגע בשוק הפוטנציאלי של היצירה ואינו מהווה תחליף לה; (2) שנעשה למטרה בעלת חשיבות, הראויה לעידוד. מצד אחד, לא די בשימוש שאינו פוגע כלכלית ביוצר כדי לזכות בהגנה. ניתן להצדיק פגיעה בזכות הקניין של היוצר רק למטרות חברתיות מועילות ומוגבלות, ורשימת המטרות המדגימה שהצענו, תהיה ברוב המקרים ממצה. מצד שני, גם שימוש למטרה ראויה לעידוד, כגון מחקר, לא תזכה להגנה מפני תביעה של הפרת זכויות יוצרים, כאשר השימוש שנעשה פוגע בערך הכלכלי של היצירה המוגנת. שימוש הפוגע כלכלית ביוצר יהווה הפרה, או שיוגן על-ידי תריג פטור ספציפי, אם מטעמי מדיניות נרצה להצדיקו (הוגמת סעיף 19(2) לחוק הישראלי הנוכחי). נוסף על כך, מוצע לקבוע רשימה מדגימה בלבד של מטרות שלמען השגתן ניתן לעשות שימוש הוגן ביצירה, זאת כיון שישנם שימושים נוספים בעלי חשיבות חברתית, שאף אם מבחינה טכנית "עוברים" את הסף של הפרה, יש להצדיקם כיון שאינם מהווים תחליף ליצירה המוגנת. כך, למשל, העתקה למטרת הליך שיפוטי.

בין המטרות שסעיף קטן זה מציין במפורש, בחרנו להוסיף את השימוש למטרת הוראה. במצב הנוכחי, תלמיד יכול להעתיק קטע מיצירה מוגנת לצורך תלמודו, אך מורה שיעתיק אותו קטע בדיוק עבור כל כיתתו למטרות הוראה ייחשב למפר זכויות יוצרים. סעיף מטרות כללי וגמיש יותר ככל הנראה את סעיפים קטנים (4), (5) ו-(6) של סעיף 2(1) הקיים. כך, למשל, סעיף קטן (5) העוסק בפרסום רשימה בעיתון על הרצאה שנמסרה בציבור. שימוש כזה ייחשב כחלק מהמקרים לשימוש הוגן, אם מאמר על הרצאה אינו יכול להיחשב כשימוש הוגן, למשל מפני שהשתמש בקטעים נרחבים מאוד מן ההרצאה, מעבר לכמות שביקורת או סקירה סבירה דורשים – הרי שזה שימוש שלדעתנו אין להצדיקו ולהתירו כלל.

סעיף קטן (ג) מבהיר כי מידת ההשפעה של השימוש ביצירה המוגנת על השוק הפוטנציאלי שלה וחשיבות המטרה שלשמה בוצעה ההעתקה ייקבעו בעזרת שיקולים נוספים שינחו את בית המשפט. כך, למשל, בדיקת היקף השימוש שנעשה ביצירה המוגנת יעזור לקבוע את מידת השפעתה של ההעתקה על הערך הכלכלי של זכות היוצרים ביצירה, ואילו העובדה שהיצירה המוגנת אולה מן השוק תילקח בחשבון לצורך ההכרעה האם ההעתקה בוצעה למען מטרה לגיטימית שיש לעודדה.

(ג) שימוש הוגן ומכונות-צילום**1. זכויות יוצרים וטכנולוגיה מודרנית – כללי**

ההתפתחויות הטכנולוגיות המתוחכמות והמגוונות בשנים האחרונות, מציגות בעיות ואתגרים חדשים בהגנה על זכויותיהם של יוצרים. מתוך אמצעים חדישים רבים אפשר לציין במיוחד את מכונות הצילום, מכשירי ההקלטה, לוויינים, מחשבים, ומערכות טלביזיה בכבלים. כפי שנראה, הדוקרינה המסורתית של "שימוש הוגן" איננה מתאימה לפתרון בעיות חדשות אלו.

בעבר היתה לבעל זכות היוצרים יכולת שליטה ופיקוח על השימוש ביצירתו. הפרת זכות יוצרים בספר, למשל, נעשתה על-ידי העתקתו בדפוס – הפרה שקל לגלותה ולתבוע את האחראים לה. לעומת זאת, ההעתקה שבוצעה על-ידי פרטים, כגון הסטודנט באוניברסיטה, היתה ידנית, ובשל כך איטית, לא נוחה ונחיתה בהיקפה. התקיים איזון ותיאום בין צפיית היוצר לתשלום ובין רצונה של החברה להגן על צפייה זו. הגנת השימוש ההוגן פטרה מאחריות להפרת זכות יוצרים רק את השימוש הידני הנזכר. שימוש זה, לא הגיע לממדים רציניים, לא פגע ביוצר, ועליכן התאפשר שימוש לגיטימי ראוי לעידוד. לעומת זאת, כיום, הטכנולוגיות החדישות מעמידות בסימך-שאלה את אפשרות השליטה של היוצר בשימוש ביצירתו. ראשית, ניתן לבצע העתקה מלאה ושלימה של היצירה במהירות וביעילות, ובכך ליצור תחליף למקור. עם הזמן ירד מחירם של מכשירי ההעתקה השונים, כך שההעתקה העצמית, וזוהי לעתים מקניית המקור. שנית, אמצעים כגון מכשירי ההקלטה או מכונות-צילום הפוכים נפוצים יותר ויותר, ונוצר ציבור שלם של מעתיקים פוטנציאליים. פופולריות רבה של השימושים הללו גורמת לנזק כלכלי חמור ליוצר. שלישית, קיים קושי רב באיתור ההפרות של זכות היוצרים. כך, למשל, לוויין הקולט תוכנית טלביזיה ומשדרה בקצה השני של כדור-הארץ, יצירה המאוכסנת בתוך מאגר מידע של מחשב או של אדם פרטי המקליט סרט בווידיאו בביתו פנימה. לא ניתן אפוא לתבוע ציבור שלם של מעתיקים וכך מבוצעות הפרות המוניות ללא כל פיצוי לבעל זכות היוצרים.

נתמקד בהעתקות במכונות-הצילום דווקא. בניגוד לשאר האמצעים המודרניים, שימוש זה מערב במידה רבה ביותר העתקת יצירות למטרות המוגנות באופן מסורתי על-ידי דוקטרינת השימוש ההוגן – לימוד, מחקר והוראה, ועל כן מעורר בחריפות רבה ביותר את בעיית יישום הדוקטרינה על השימוש החדשני. גם אמצעים מודרניים אחרים, כמו הקלטות או שידור בטלביזיה בכבלים, עשויים לשמש להעתקה למטרות כאלה, אולם זה אינו השימוש הטיפוסי והשכיח הנעשה בהם. במידה רבה הדיון בבעיות והפתרונות שנציע בהקשר למכונות-הצילום ניתנים ליישום גם לגבי אמצעים טכנולוגיים אחרים.

2. שימוש הוגן ומכונות-צילום – הצגת הבעיה

מכונות-הצילום מאפשרות העתקה והכפלה של יצירות שלמות במהירות, ללא מאמץ, ובמעט הוצאות כספיות. מכונות אלו נפוצות מאוד ונמצאות כיום כמעט בכל מוסד, בית-מסחר או משרד ואף בידי פרטים. העתקות כאלה מפירות את זכותו הבסיסית של

היוצר "ליצור או ליצור שנית את היצירה או כל חלק עיקרי הימנה בכל צורה של ממש"⁸⁷. נציג תחילה את הבעייתיות שנוצרה על-ידי מכונת-הצילום בתחום דיני זכויות היוצרים, ואחר-כך נציג פתרונות אפשריים לבעיות אלו.

(א) כללי

מכונות-הצילום מאפשרות שימוש מגוון ולמטרות שונות. ייתכן צילום למטרות האופייניות להגנת השימוש ההוגן (כגון לימוד או ביקורת), אך גם צילום למטרות אחרות שאינן נכללות בהגנה זו.

הדוקטרינה של שימוש הוגן מתירה ניצול סביר ומוגבל של יצירה מוגנת אולם זאת רק למטרות מסוימות שאותן בחר המחוקק לעודד ולקדם (כמו הביקורת או המחקר). טול, לדוגמא, אדם המצלם ספרריקה, להנאתו האישית, כדי לחסוך את מחיר הקנייה. שימוש כזה, שלא למטרה שיש לעודדה, מעולם לא היה מוגן על-ידי הדוקטרינה. הוא היווה ועודנו מהווה הפרת זכות היוצרים ואין זה משנה באיזה אופן נעשתה ההעתקה – בדפוס, ביד או בצילום. הבעייתיות המיוחדת שמעורר השימוש במכונת צילום נובעת מהיותו מהיר ונפוץ. לעומת זאת, לא לכל מעתיק עומדים אמצעי דפוס, וההעתקה הידנית היא איטית ומסורבלת. כמרכן קשה לגלות את המצלם המפר ולהביאו לדין.

בעייתיות זו איננה במישור של דוקטרינת השימוש ההוגן, אלא במישור של אכיפת החוק וזכותו של היוצר⁸⁸. עם זאת, הפתרונות שנציע בהמשך, בהקשר לצילום למטרות ששימוש והגן מעודדן, יסייעו אף לפתרון של הבעיות שצוינו לעיל.

במסגרת הצילום למטרות האופייניות לדוקטרינת השימוש ההוגן יש להבדיל, לצורך הביתוח בין צילום למטרת ביקורת או עיתונאות לבין צילום למטרת לימוד, מחקר והוראה: העתקת חומר מוגן לשם ביקורת או עיתונאות מתייחסת לקטעים קצרים מהיצירה המוגנת, לשם ציטוט או הדגמה. המעבר לשימוש במכונת-צילום לא שינה את היקף השימוש או את טיבו. כאשר מבקר מצלם קטעים ממאמר, הרי שהצילום אינו מהווה תחליף למקור ולכן הינו שימוש הוגן. כמו כן אין בקטיגוריות אלו משמעות רבה לצילום בקנה-מידה המוני. שלא כמו מאמר בכתב-עת, שכמה מאות מתלמידי קורס באוניברסיטה יצלמוהו לשם תלמודם, קשה להניח שמאות עיתונאים יצלמו אותו מאמר כדי לבקרו. ניתן אפוא לסכם, שהמעבר לטכנולוגיה של מכונות-צילום לא השפיע בצורה משמעותית על שימושים למטרות כגון ביקורת או עיתונאות.

לעומת זאת, בצילום למטרת לימוד, מחקר והוראה טמונה הבעייתיות העיקרית של דוקטרינת השימוש ההוגן, בעימותה עם טכניקת הצילום המודרנית. בעבר, חוקר שרצה להתבסס על יצירות של קודמיו סיכם את דבריהם בסגנון-שלו או העתיק מהן קטעים קצרים בלבד.

העתקה ידנית מוגבלת מעצם טבעה לקטעים קצרים מאוד. זהו שימוש שהוגדר מאז ומתמיד כהוגן. עם התפתחותן של מכונות-הצילום החוקר יכול לחסוך זמן וטרחה ולצלם

87 סעיף 21(2) רישא לחוק הישראלי.

88 יש לציין שרבים מהצילומים הנעשים למטרות שאינן מוגנות (כגון שימוש במכונת-צילום בתנות מסחרית) מתייחסים לחומר שאינו מוגן בזכויות יוצרים, כגון מסמכיו האישיים של המצלם.

קטעים אלו. לכאורה, כשמדובר בכמות מצומצמת של העתקה, הרי שאין זה משנה מהו האמצעי שבו המעתיק משתמש, והשימוש יישאר הוגן. אולם כאן מתבלט ייחודן של מכוונות-הצילום. מכוונות כאלו נפוצות בכל אוניברסיטה, ספרייה ובית-ספר, כלומר: קיים האלמנט של שימוש ציבורי-המוני. גם כמות העתקה מצומצמת, שלגבי יחיד תיחשב כשימוש הוגן, הרי במישור הארצי, של מאות ואלפי המצלמים, נגרמת פגיעה כלכלית מסיבית ביוצר. יתר-עליכן: המהירות והיעילות של שיטת הצילומים אף פתחה סוג חדש של מעתיק – התלמיד החוקר והמורה המצלמים כיום ספרים ומאמרים שלימים. העתקה גורפת ומלאה כזו שונה באופן מהותי מההעתקה באמצעים המסורתיים. מרכז הכובד שלה איננו עוד בלימוד או במחקר אלא ביצירת תחליף זול ומלא למקור, ועקיפת הצורך והטרחה ברכישת עותק תוך תשלום תמלוגים לבעל זכות היוצרים. העתקה של יצירה בשלימותה אינה (ברוב המקרים) שימוש הוגן⁸⁹. קיום אמצעי-הצילום הזמנים והנוחים מאפשרים שימוש כזה, והיוצר עומד חסר-אונים ואינו מסוגל למנוע הפרות-דברתי אלו של זכותו. הבעיה חמורה במיוחד לאור העובדה שהיצירות המיועדות למחקר וללימוד מכוונות מלכתחילה לשוק מצומצם של צרכנים. כמרכז מרובר בצילום חוזר ונשנה של אותו חומר (כגון צילום קטע מסוים עלידי כל תלמידי הכיתה). קוצר-ידה של דוקטרינת השימוש ההוגן לטפל בתופעה של מכוונות הצילום יומחש בצורה הטובה ביותר מתוך עיון בפסק-הדין האמריקני בעניין ויליאמס⁹⁰.

(ב) פסק-דין ויליאמס ובעיית הצילום בספריות

התובע, מוציא-לאור של כתבי-עת רפואיים, תבע שתי ספריות ממשלתיות בקשר לנוהגי הצילום שלהן. הספריות נהגו לצלם עותק אחד של מאמר או של חלק מספר לפי בקשת חוקריהן. כמרכז הן עסקו בצילום יצירות שלימות עבור ספריות אחרות. מהממצאים שהובאו בפני בית-המשפט עלה, שבשנת 1970 היו בספריות אלו בלבד כ-86,000 בקשות של חוקרים בהיקף של כ-930,000 עמודים, וכ-127,000 בקשות של ספריות אחרות בהיקף של 1,200,000 עמודים! אף-על-פי-כן קבע בית-המשפט⁹¹ שמדובר בשימוש הוגן. נימוקי בית-המשפט התבססו על כך שמדובר בצילום עלידי ארגונים שכל ייעורם קידום המחקר המדעי, וזו המטרה הבלעדית של הצילומים. הספריות הגבילו את עצמן לכמות מצומצמת של העתקה, אשר מניעתה תפגע במחקר. זאת מכיון שלא סביר לדרוש מהחוקרים להשיג מנוי לכתבי-עת רבים בהנחה שיתכן כי יודקו להם בעתיד. אם ייאסר הצילום, המדענים יוותרו על חומר רלבנטי או שתעוכב עבודתם. הנימוק העיקרי של בית-המשפט היה שהתובע לא הוכיח נזק ממשי. לא זו אף זו: מכירות כתבי-העת של התובע עלו, וטענתו שניזוק מהיקף הצילומים שנעשו היא היפותטית בלבד⁹².

89 ראה לעיל, סעיף ב(2)ג).

90 ראה לעיל, הערה 22.

91 ראה שם, עמ' 1353-1362, מפי שופט הרוב Davis.

92 בהחלטה זו תמכו ארבעה מתוך שבעת שופטי בית-המשפט. בערעור לבית-המשפט העליון החליט הנשיא Blackmun שלא להשתתף בהחלטה, וכיון שבית-המשפט נחצה לארבעה בעד וארבעה נגד – אושרה החלטת בית-המשפט קמא.

למעשה, אישר בית-המשפט העתקה בכמות העולה על זו של בתי-דפוס קטנים, ונתן הרשאה נרחבת לכל אלפי הספריות להקים מנגנוני העתקה והפצה. יש לזכור, שספרייה אינה כותבת מאמרים אלא רק מספקת אותם לחוקרים. אף חנויות-הספרים והמוציאים לאור מספקים אותם מאמרים ולכן בהכרח קיימת תחרות ביניהם. בית-המשפט השווה את הצילום להעתקה הידנית בטענה שרק "הטכניקה" השתנתה. בכך הוא התעלם מההבדל הכלכלי העצום – העתקה ידנית היא אטית ומוגבלת בהיקפה ולכן לא מהווה סכנה כלכלית. מעטים מעתיקים באופן ידני, אך מיליונים משתמשים במכונות-צילום. אף אם צילום של חוקר אחד למטרת עבודתו הוא זנית, הרי השפעתו של השימוש הכללי-ציבורי היא עצומה.

בית-המשפט חשש שמסקנה של הפרה תגרור את הפסקת הצילומים ובכך ייזוק המחקר. לדעתנו אין זו תוצאה סבירה. בפסקדין ויליאמס אמר התובע במפורש, שאינו רוצה בהפסקת הצילומים אלא רק בקבלת פיצוי הוגן עבורם באמצעות הענקת רשיונות לספרייה. אמנם הרישוי תלוי ברצונו של בעל זכות היוצרים ואין לכפותו⁹³, אך סביר להניח שהמוציא לאור לא היה מסרב, מסיבה הפשוטה שהאלטרנטיבה העומדת בפניו היא המשכת הצילומים ללא קבלת פיצוי.

בית-המשפט טעה בקובעו שלא הוכח נזק. המבחן הנכון, לצורך קביעת ההלכה המשפטית, איננו מידת הנזק שנגרם כתוצאה מהצילומים שביצע הנתבע, אלא מידת הנזק שנגרם לתובע עקב השימוש הדומה הנעשה בכל הספריות והמוסדות הנוהגים בדומה לנתבע⁹⁴. במקרה של ויליאמס פגיעה כזו אכן אירעה. אף אם כיום יש עלייה במכירות כתבי-העת, נראה שבשלב כלשהו יתהפך הגלגל, המכירות תצטמצמנה וכתוצאה מכך ייפגע אף הציבור. השוק לחומר מדעי הוא מוגבל, ואם כל מוסד יוכל, על-ידי קניית עותק אחד מיצירה, לספק את כל הביקוש לה – ייהרס השוק ליצירות מסוג זה. ההגבלה של הצילום לעותק אחד בלבד עבור החוקר איננה "נסיבה מקילה", כיון שבדרך כלל לא ייוזק צרכן ליותר מעותק אחד למטרתו. מטרת החוקר איננה רווחית והחברה מעוניינת לעודד את מלאכתו, אך מניעו כולל גם רצון להשיג במהירות עותק זול ומלא, כלומר: בצד המטרה הלימודית יש גם היסכון כלכלי מבחינת החוקר.

מעניין לציין שבכמה מדינות עגנו בחקיקה פטור להעתקה בהיקף דומה לזה שהתיר פסקדין ויליאמס⁹⁵. ניתן לחלוק על התבונה שבקביעת פטור כה נרחב, אולם זוהי הכרעה שבמדיניות, וככזו היא לגיטימית. מכל-מקום, הרשאה כה רחבה להעתקה אין מקומה בתחומי הדוקטורינה של שימוש הוגן. עליפי כל רציונלה של דוקטורינה זו (השימוש המסורתי שנעשה בה), צילום למטרות מחקר, לימוד והוראה בקנה מידה כה רחב מהווה הפרה של זכויות יוצרים. צילום כזה מהווה תחליף מלא למקור, פוגע בערכה הכלכלי של היצירה ובתור שכזה אינו יכול להיחשב כהוגן.

93 בהעדר שיטה של רישוי כפוי. ראה להלן, סעיף ג(3)(4).

94 ראה M.B. Nimmer, "Photocopying & Record Piracy of Dred Scott & Alice in Wonderland" 22 U.C.L.A. L. Rev. 1052 (1975).

95 סעיף 108 לחוק האמריקני (שהוסף לחוק לאחר פסקדין הנ"ל); סעיף 7 לחוק האנגלי; סעיף 149(1) לחוק האוסטרלי; סעיף 11-12 לחוק הנ"ל; סעיף 11(1) לחוק השבדי; סעיף 53 לחוק הגרמני, ראה גם Dietz (לעיל, הערה 79), 153.

בישראל, החוק הקיים אינו קובע סעיף פטור ספציפי לשימושים אלה. החוק מסתפק בהגנה של שימוש הוגן, אשר – כפי שהראינו – חסרה את הכלים להתמודד עם הבעייה. הסעיף הישראלי מתיר שימוש הוגן למטרת "לימוד עצמי" ו"מחקר". אין ספק שצילום של הפרט למטרות אלו יוגן, אולם ככל הנראה, צילום על-ידי הספרייה למען ציבור קוראיה לא ייכנס לגדר מטרות אלו וייחשב להפרה⁹⁶. כלומר: מצד אחד, ניתנת הרשאה רחבה מדי לצילום על-ידי הלימוד והחקר הפרטי⁹⁷, ומצד שני, אין הרשאה כלל למוסדות או לאנשים המצלמים למען אותו לומד – למשל, המורה או הספרייה. מצב זה דורש תיקון. מהאמור עד כה לא נובע שיש לאסור על צילומים למטרת לימוד, מחקר והוראה. יש ליהנות מפירות הקדמה, אך בד בבד – להחזיר את האיוון בין בעל זכות היוצרים לבין ציבור המשתמשים. יש מקום להתאים את החוק הישראלי למציאות המודרנית ולא להרחיב את הדוקטרינה של שימוש הוגן למצבים שאין היא מתאימה לטיפול בהם. נבחן עתה את הפתרונות השונים לבעיית הצילומים, ולאחר-מכן נציע את הפתרון שראוי לאמץ בארץ.

3. פתרונות לבעיית הצילום למטרת לימוד, מחקר והוראה

מתוך בחינה של התמודדות שיטות-משפט שונות עם בעיית הצילום, ניתן למצוא שלוש שיטות עיקריות: איסור נהגי צילום כאלה, התרתם באופן נרחב, או החלפת הקונספציה של דיני זכות יוצרים בנקודה זו מזכות אקסקלוסיבית של יוצר לפיקוח על השימוש ביצירתו בזכות לפיצוי בגין השימוש בה.

(א) איסור כללי על שימושים המפרים זכות יוצרים

על-פי הגישה הראשונה, אין להצדיק שום מעשה המהווה הפרת זכות יוצרים. גישה כזו תופשת את זכות היוצרים כזכות קניינית מלאה ושלמה. כך, למשל, בבלגיה ובלוקסמבורג, שבהן לא קיימים חריגי פטור או הגנות לשימושים עצמיים רצויים (כמו לימוד או מחקר) ביצירה בעלת זכות יוצרים. לכאורה, גישה זו מגינה על היוצר בצורה מקסימלית, בהעניקה לו זכות אקסקלוסיבית לפיקוח על השימוש ביצירתו. אולם, מצד אחד, פתרון זה אינו רצוי, שכן ישנם שימושים מוצדקים שראוי להתירם (אם כי לא ב"חינם", עקב הפגיעה הכלכלית בזכות היוצרים הנובעת מההיקף הנרחב של השימושים). מצד שני, פתרון זה אינו אפקטיבי משום שזוהי גזירה שהציבור לא יכול לעמוד בה. בפועל ישנן בוודאי הפרות המוניות ללא כל אפשרות של פיקוח או מניעה. שיטות-משפט אלו מעניקות אפוא ליוצר זכות "ריקה": אבסולוטית ושלמה – אך בלתי ניתנת לאכיפה, ולכן – ללא כל פיצוי בפועל על הפרות.

96 - אלא אם כן נוכל להגדיר פעולה כזו כנכללת ב"מחקר". שאלה זו לא הגיעה עדיין לפסיקה בארץ.
97 - בהנחה שהפסיקה בארץ תלך בעקבות הפסיקה בארצות-הברית ותראה את הצילומים הללו, על-אף היקפם הנרחב, כמוגנים על-ידי הדוקטרינה של שימוש הוגן.

(ב) התרת שימוש חופשי למטרת לימוד, מחקר והוראה

עליפי הגישה ההפוכה, צילום למטרות הנ"ל הוא סביר ורצוי במציאות המודרנית, והגבלתו עלידי חוב ברישוי או במיסוי תפגע בחופש המחקר, הלימוד וההוראה ובאיכותם. עליכן יש להתיר שימושים כאלה באמצעות סעיפי פטור ספציפיים⁹⁷ או עלידי הרחבת השימוש בדוקטרינת השימוש ההוגן⁹⁸.

חסדי גישה זו טוענים, שבדרך-כלל לא יפגע הצילום ברווחים של המחברים והמוציאים לאור שהוא יעורר עניין גדול יותר בכתבי-העת או שהמוציא לאור יעלה את המחיר כך שזה "יספוג" את הירידה במספר המנויים⁹⁹. שיטות של חלוקת רישיונות ואיסוף תמלוגים דורשות אדמיניסטרציה מאוד יקרה. אין להניח שבתי-ספר וספריות יהיו מוכנים לשלם עבור צילומים באותה מידה שרשתות טלביזיה מוכנות לשלם עבור רישיון לשידור סרטים. כתוצאה ממיעוט מבקשי רישיונות יעלה מחירם, והדבר יגרום להקטנת השימוש והתועלת שבצילום, והחברה תיפגע. חלק מהספרים וכתבי-העת המוצאים לצרכים לימודיים ומחקריים ממומנים או מסובסדים עלידי האוניברסיטאות או המוסדות המשתמשים בהם, ולכן מוצע, כפתרון אפשרי, הגדלת הסבסוד והמימון הניתנים. יש לציין, שאף גישה זו מגבילה את הצילום המותר לעותק אחד של היצירה המוגנת עבור כל לומד או חוקר¹⁰⁰.

אין לקבל את הטענה שהצילומים הנדונים אינם גורמים להפסד כלכלי. התרת שימוש המוני ונרחב לכל מוסדות-החינוך תשפיע לפחות לטווח ארוך על השוק של היצירה, במיוחד לאור העובדה שמדובר בחומר המיועד מלכתחילה לשוק מצומצם. הפתרון המוצע של הגדלת מחיר המנוי הוא יעיל עד גבול מסוים. ככל שירבו הצילומים, תגדל האפשרות להזיק לתחליף זול למקור. כמובן, ככל שנוהגי הצילום יהיו נפוצים יותר, יהיה צורך להעלות יותר ויותר את מחיר המנוי כדי לפצות על ההפסדים. העלאה כזו תהווה תמריץ נוסף להמשיך ולצלם... סבסוד חיצוני מטעם המוסדות להשכלה או מטעם הממשלה, כתחליף להגנה שדיני זכויות היוצרים מעניקים הוא פתרון אפשרי¹⁰¹, אך אין הוא ישים לכל המוסדות או לכל היצירות. מלבד זאת, לא הובאו ראיות עליכך שסבסוד כזה, למשל, עלידי האוניברסיטה, הוא זול יותר מקניית רישיון צילום כללי מארגון של מוציאים ומחברים.

אין אפוא להרשות שימוש כה נרחב בחומר המוגן בזכות יוצרים ללא מתן פיצוי הולם ליוצר.

97 ראה לעיל, הערה 95.

98 סעיף 1(12) לחוק הישראלי; סעיף 107 לחוק האמריקני; סעיף 6 ר 9 לחוק האנגלי.

99 ראה S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright - A Study of Copyright in books, Photocopies and Computer Programs" 84 Har. L. R. (1970) 281, 331-337.

100 ראה גם Final Report of the National Commission of New Technological Uses of Copyrighted Works (Library of Congress, Wash., 1979) 48-54.

101 פתרון שונה לבעיית השימוש שנעשה בספריות בחומר מוגן (ולאו דווקא עלידי צילום, כי אם עלידי השאלת ספרים לציבור) ניתן במדינות רבות באירופה עלידי חקיקה המאפשרת קבלת פיצוי כספי על ההשאלות המבוצעות בספריות: 16 Copyright G. Mcfarlane, "The Public Lending Right", 335 (1980).

(ג) מתן פיצוי כספי על השימוש בחומר המוגן

הגישה השלישית מנסה להתמודד באופן ישיר עם בעיית הצילומים ההמוניים למטרות רצויות ולא "לעקוף" אותה באמצעות איסור כללי או היתר כללי. לפי גישה זו, ניתן אמנם היתר כללי לצילומים אלו, אולם בצדו מוטלת החובה לשלם עבור הצילומים. מהיוצר נשללת הזכות המסורתית לשלוט ביצירתו, להתיר או לאסור את השימוש בה, אולם לא נשלל ממנו העידוד הכלכלי ליצור, משום שניתן לו פיצוי בגין השימוש המותר. ביסודה של גישה זו מונחת ההכרה, שהתניית הצילומים בקבלת הסכמה מבעל זכות היוצרים אינה ניתנת לאכיפה ועליכן יש לוותר עליה. מאידך גיסא, אין לוותר על השגת המטרות החברתיות והכלכליות שביסוד דיני זכויות היוצרים ועליכן יש להעניק ליוצר פיצוי על השימוש ביצירתו.

קיימות כמה שיטות אפשריות ליישום הגישה השלישית, קרי: לגביית התמורה עבור הצילומים ההמוניים.

1. הטלת מיסוי על מכונות-צילום

סעיף 22 לחוק זכויות היוצרים הצרפתי מטיל מס על מכונות-צילום. מס זה משולם ל-"Centre National des Lettres", ארגון המשתמש בכספים לעידוד כותבים ויצירותיהם. יתרונו של פתרון זה בפשטותו – מס קבוע על מכר per מכונת-צילום. אין צורך לערוך סטטיסטיקות של פופולריות בנוגע לשימוש ביצירות מוגנות, שכן הפיצוי אינו ניתן על השימוש שנעשה בפועל ביצירה פלוגית, אלא מחולק כעידוד כספי ליצירות באופן כללי. זהו פתרון מחוץ לדינמיקה של חוק זכויות יוצרים ומוגבל לאורחי צרפת. אולם יש חסרונות לשיטה זו: חלוקת הכספים אינה מבחינה בין יצירות שנעשה בהן שימוש רב לבין יצירות שנעשה בהן שימוש מועט. כמו-כן אין כל יחס בין שיעור המס לבין היקף החומר המוגן שמכונה ספציפית מצלמת. מיסוי כזה כלל אינו מבחין בין צילום חומר מוגן בזכות יוצרים ובין חומר שאינו מוגן.

הפתרון הצרפתי הוא אכן פשוט, אולם הוא פשוט מדי ואין הוא עונה באופן משביע רצון על הבעיה.

2. רשיון לצילום הכלול במחיר המנוי של כתבי-העת

שיטה זו מעניקה למצלם הפוטנציאלי אופציה לרכישת רשיון לצלם חומר מוגן הכלול בכתבי-העת עלידי הוספת סכום מסוים למחיר המנוי. הסכום נאסף עלידי ארגונים של בעלי זכויות יוצרים ומחולק ליוצרים השונים. הרשיון המוענק מתיר צילום בהיקף סביר מכתבי-העת¹⁰². פתרון זה קיים במערב גרמניה¹⁰³, אך רק בהקשר לצילום למטרה מסחרית, ולכן לא חל על צילומים בספריות, בבתי-ספר ובאוניברסיטאות¹⁰⁴. אף יתרונו של פתרון

102 ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 126–127.

103 סעיף 54(2) לחוק.

104 סעיף 54(2) הנ"ל קובע אפשרות של הוספת 20%–30% למחיר המנוי. הפיצוי נאסף על-ידי הסכם בין ארגון של מו"לים ומוכרי ספרים, (VG Wissenschaft), ובין ה-Federal Association of German Industry.

זה הוא בפשטותו הרבה: מחיר רשיון-הצילום נכלל במחיר המנוי, ובתשלום אחד ניתן לרכוש את השניים. נחסכים כספים רבים של הוצאות מנהליות כתוצאה מהצורך בויתור על מנגנוני איסוף מיוחדים ועל הצורך בקיום רישום וסטטיסטיקות של שימוש ביצירות השונות. חסרונו העיקרי של פתרון זה הוא בהיותו תלוי ברצונו הטוב של בעל המנוי. ירצה ישלם הסכום הנוסף, ימאן – ימשיך בנוהגי הצילום הקיימים, כאשר סעיף פטור רחבים והדוקטרינה של השימוש ההוגן בוודאי יגנו על השימוש שיעשה. כמוכן פתרון זה מגן רק על המאמרים בכתבי-עת ולא על כל הספרים המצויים במוסדות להשכלה ושאנם נרכשים על דרך של מנוי.

3. מכירת רשיונות לצילום על-ידי ארגון של בעלי זכויות יוצרים

פתרון זה מקים ארגונים של בעלי זכויות יוצרים. ארגונים אלה יפעילו מנגנון של חלוקת רשיונות באופן ישיר למצלמים הפוטנציאליים, ואת הסכומים שייאספו יחלקו בין בעלי זכויות היוצרים ככל האפשר על סמך תדירות השימוש ביצירותיהם. יש שני סוגים עיקריים של רשיונות כאלה: רשיון כולל ורשיון ספציפי (רשיון עבור כל צילום וצילום שמבוקש).

רשיון כולל מעניק למשתמש, תמורת סכום מוגדר ויחיד, רשות לצילום בהיקף סביר מתוך רשימה ארוכה של ספרות ומאמרים. רשיון כזה מעניקים ארגונים של בעלי זכויות יוצרים כמו ASCAP האמריקני¹⁰⁵ ואקו"ם הישראלי¹⁰⁶, בהקשר ליצירות מוסיקליות. מחירו של רשיון כוללני נקבע ברוב המקרים על-פי אחוז מסוים מהרווחים של הקונה (על-פי משא ומתן בין הצדדים). כאשר מדובר במוסד לאירוח, כגון ספרייה, הקריטריון לקביעת המחיר יהיה שונה: למשל, על-סמך מדגמים שייערכו על תדירות הצילומים והיקפם. רשיון הניתן על-ידי ארגון מעניק יתרונות ליוצרים: במציאות שבה אין לפרט אפשרות שליטה ופיקוח על יצירתו, ארגון בעל כוח יכול לנהל עבורו את המשא-ומתן המייגע לחלוקת רשיונות ולנהל את כל הארמיניסטרציה הכרוכה בכך. הארגון יעסוק גם באיתור מפירים ובהגשת תביעות נגדם, באיסוף התמלוגים ובחלוקתם על-סמך מדגמים וסטטיסטיקות מדויקים ככל האפשר בהקשר לשימוש ביצירה המסוימת¹⁰⁷. באנגליה, ועדה בראשותו של השופט ויטפורד הציעה פתרון דומה, אשר לפיו הפיקוח על מחיר הרישוי יהיה בידי טריבונל מיוחד שיעסוק בנושא זכויות יוצרים¹⁰⁸.

לשיטת רישוי כזו ישנן גם מגבלות. הבעיה המרכזית היא ההוצאות המנהליות הגבוהות הנובעות מקיום ארגון, איסוף כספים וחלוקתם. עלות כזו יכולה להפוך את הפיזי הניתן ליוצר לסמלי. בעיה נוספת היא הבחירה בין שיטה של ארגון-גג אחד וכולל לבין שיטה

105 The American Society of Composers and Publishers

106 אגודת קומפוזיטורים, מחברים ומ"לים למוסיקה בישראל. נוסדה ב-1963, ומונה כיום למעלה מ-1,000 חברים. אקו"ם קשורה בהסכמים הרדיים עם מרבית האגודות מסוגה בעולם, המייצגות ביתר כמיליון יוצרים ומ"לים למוסיקה ברחבי תבל.

107 M. Buttery, "Blanket Licensing – A Proposal for the Protection and Encouragement of Artistic Endeavor" 83 Col. L. Rev. (1983) 1245, 1256-1273 ראה

108 R.E. Whale, *On Copyright* (Esc. Publ. Ltd., Oxford, 1983) 245 ff. ראה

של ארגונים קטנים רבים של בעלי זכויות יוצרים. מצד אחד, ארגון גג אחד, שיכלול את כל המחברים והמוציאים לאור, ייצור מונופול בשוק עליידי קביעת מחיר ללא אפשרות רצינית של מיקוח או תחרות. מצד שני, קיום ארגונים רבים ירבה תחרות, אך יגרום בעיה למשתמש, אשר יצטרך לקבל רשיונות מכל הארגונים או להסתכן בכך שהיצירה שיוצא איננה כלולה באוסף של הארגון שאת רשיונו רכש. בארצות הברית, למשל, ישנו הסכם בין ASCAP לבין משרד המשפטים האמריקני משנת 1941¹⁰⁹, שלפיו הארגון חייב לאפשר ניהול משאומתן עצמאי וישיב עם בעל זכות היוצרים. אך הניסיון מלמד, שמעטים טורחים ומנסים לחפש את היוצר הספציפי שביצירתו הם מבקשים לעשות שימוש. ייתכן שהפתרון הרצוי לסכנה שבארגון יחיד הוא בקיום ביקורת של טריבונל מעיד שיפוט על קביעת התעריפים עליידי ארגון גג.

השיטה השנייה היא רכישת רשיון עבור כל צילום ספציפי שהמשתמש מבקש לצלם¹¹⁰. רשיון כזה יעודד את ארגוני המחברים והמוציאים לאור "שוק" של יצירות מצולמות, שיחליף את צילומי הספריות בבתי הספר ומוסדות חומים למען תלמידיהם וחוקריהם. רשיון ספציפי מבטיח תשלום מדויק ביותר, על-פי השימוש שנעשה בפועל וביצירות מוגנות בלבד, אך יש בו טרחה למשתמש. יותר קל ונוח לקבל רשיון שיתן הרשאה כללית לצילום תמורת מחיר אחד.

הרשיון הכולל והרשיון הספציפי ניתנים ליישום ראוי רק כאשר מדובר במוסדות כגון ספריות או בתי ספר. שיטת הרישוי לגבי שימושים כמו לימוד, הוראה ומחקר אינה מתאימה לפרטים שלגביהם אכיפה איננה אפשרית ואיננה צודקת. אין זה מוצדק לדרוש מהפרט לקנות רשיון כולל, שכן בוודאי לא יוכל לעשות בו שימוש בהיקף ש"יצדיק" את מחירו¹¹¹. אשר לרשיון ספציפי על-פי השימוש – לא סביר להטריח אדם פרטי להשיג רשיון עבור כל צילום וצילום שהוא חפץ בו.

אולם הבעיה העיקרית של שיטת הרישוי (הן הכוללני והן הספציפי) היא, שכאשר קיימת דקטורינה רחבה של שימוש הוגן וסעיפי פטור לצילומים בספריות ובמוסדות אחרים¹¹², נעדר התמריץ לרכישת רשיונות. סביר להניח, שפרט או מוסד לא יסכים לשלם עבור שימוש שכיום הוא מבצע ללא כל תשלום ותוך הסתכנות מועטה¹¹³. בעיה זו עשויה להיפתר בדרך של רישוי כפוי.

4. רישוי כפוי

רישוי כפוי הוא פתרון המבטיח אפשרות שימוש לציבור בתמורה למתן פיצוי ליצרן. החוק

109 ראה Buttery (לעיל, הערה 107), 1257.

110 רשיונות כאלה מעניקה כיום ה-CCC (Copyright Clearance Center), חברה גיוורית לארווחות שנוסדה עליידי מימון של ארגוני מו"לים ומחברים. ה-CCC מחזיקה ארכיון מצולם של חומר רפואי ומדעי, והמשתמש משלם רמי צילום עבור העותק הספציפי שהוא חפץ בו.

111 אף אם ניתן לאמור שימוש של פרט ברישוי כולל ולקבוע מחיר אחיד לשימוש הפוטנציאלי, הרי שפיקוח על קניית רשיון כזה עליידי אנשים פרטיים הוא בלתי אפשרי.

112 ראה לעיל, הערה 95.

113 ראה הריון בפסקדין Williams, בסעיף ג(2) לעיל; וכן D.J. Hayes, "Classroom Fair Use – A Reevaluation" 26 Bull. of the Copyright Society (1978-1979) 101, 119.

עצמו מטיל חובת רישוי ותשלום פיצויים בשיעורים מוגדרים¹¹⁴. תמורת התשלום מוענקת זכות שימוש ללא צורך בקבלת הסכמת היוצר או ארגון זכויות יוצרים כלשהו. הרישוי הוא "כפוי" משום שאינו תלוי ברצונו של המשתמש או ברצונו של בעל זכות היוצרים. החוק קובע במפורש ששימוש מסוים טעון רישיון, מעניקו וקובע את תנאיו. בכדי למנוע קביעת תעריפים שרירותיים או נוקשים בחוק, יש ליצור מנגנון לשינוי ולעדכון התעריף¹¹⁵. דרך נוספת היא מתן אפשרות לצדדים להגיע לידי הסכם רישוי וולונטרי במשאומתן ביניהם, כאשר רק אם נכשלו, יוטלו התמלוגים הסטטוטוריים¹¹⁶. אף בשיטה זו הכספים נאספים על-ידי ארגון של בעלי זכויות יוצרים שיחלקו אותם, לאחר ניכוי ההוצאות המנהליות, למחברים ולמו"לים.

יתרונן הגדול של הרישוי הכפוי בכך שהוא מבטיח פיצוי לשימוש ביצירות מוגנות. רישוי כפוי משיג מטרה זו על-ידי "הוצאת" השימושים הקבועים בו מחוץ לתחולת הדוקטרינה של שימוש הוגן וסעיפי פטור אחרים.

יש הרואים בשיטת הרישוי הכפוי סכנה ל"זכות היוצרים". הטענה היא שהזכות האקסקלוסיבית של הבעלים לפיקוח על השימוש ביצירתו הופכת ל"זכות לפיצוי" בלבד. מנגנון של רישוי כפוי משנה את הקונספציה המסורתית של זכות יוצרים שבחירה להעניק הגנה קניינית, הכוללת את הזכות הבסיסית למנוע את השימוש באובייקט הקניין או לווסת את השימוש בו באופן הרצוי לבעל זכות היוצרים¹¹⁷. יתר-על-כן, הפגיעה בזכות האקסקלוסיבית של היוצר לפיקוח ולשליטה על יצירתו מוגברת על-ידי קיומם של ארגונים לבעלי זכויות יוצרים. ארגונים אלו מעניקים כיום את "ההסכמה" במקומו של היוצר אף באותם מקרים שבהם הסכמה זו עודנה נדרשת.

אף-על-פי-כן שיטה זו היא כורח המציאות לפחות בכל הקשור לשימוש בטכנולוגיה מודרנית, כגון מכונות-הצילום. במקרים אלה, הנרירה היא בין זכות אקסקלוסיבית (וחיוב בקבלת הסכמתו של היוצר לשימוש), שאיננה אכיפה, לבין זכות לקבלת פיצוי. במצב כזה עדיפה האפשרות האחרונה, במיוחד לאור העובדה שמדובר בשימוש המוני, ובנוסף כלכלי הנאמד בסכומים ניכרים. בחקיקות מודרניות רבות הוכנסו בשנים האחרונות הוראות המחייבות פיצוי כספי (תמורת הרשאה לשימוש) בהקשר לשימושים המתבצעים בעזרת טכנולוגיה מודרנית¹¹⁷.

4. מהי הדרך שראוי לנהוג בה בארץ?

סקרנו עד כה את התמודדות הדוקטוריה של שימוש הוגן עם צילום למטרות המנויות על ידיה. כפי שראינו, יש להבחין בין שתי קטיגוריות של שימושים: צילום למטרת ביקורת

114 ראה, למשל, סעיף 111 לחוק האמריקני, בעניין טלבויה בכבלים; וסעיף B53 לחוק האוסטרלי, בעניין צילום למטרות הוראה.

115 באנגליה יש טריבונל לזכויות יוצרים שיוכל לעסוק בקביעת מחיר הוגן. ראה Whale (לעיל, הערה 108), שם.

116 ראה, למשל, סעיף 118 לחוק האמריקני, הרן בשימוש ביצירה מוגנת למטרת שידור לאי-מסחרי.

117 במידה רבה, גם הפתרונות האפשריים שצינו לעיל כביאם לתוצאה זו.

117 ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 82-78, 137-159; סעיפים 46, 47, 53(5), 54(2) לחוק הגרמני; סעיף 16(b) 17 לחוק ההולנדי; סעיף 16 לחוק הפני.

ועיתונאות לעומת צילום למטרת לימוד, מחקר והדרכה. אשר לקטיגוריה הראשונה, המודל המוצע לתיקון סעיף 1(1)2 עונה על הבעייתיות בצילומים למטרות אלו¹¹⁸. אשר לקטיגוריה השנייה, יש למצוא פתרון מחוץ לדוקטרינת השימוש ההוגן. כפי שרמזנו לעיל, שיטה של מתן פיצוי ליוצר עדיפה על-פני שיטה המעניקה היתר חופשי לצילומים או שיטה האוסרת צילומים כאלה מכול וכול.

מתוך סקירת דרכים שונות להעניק ליוצר פיצוי על צילום יצירתו, היעילה ביותר היא שיטת הרישוי הכפוי, שהיא היחידה המבטיחה מתן פיצוי כזה, הלכה למעשה. ביישום פתרון זה יש להבחין בין פרטים לבין מוסדות. הצילומים הסיטוניים בחומר מוגן מבוצעים בבת-ספר, בספריות ובאוניברסיטאות שאף מעמידים לרשות הקהל הבא אליהם מכונות צילום לשימושם החופשי. אף אם כל פרט מצלם בהיקף סביר, הרי במישור הארצי כלל הצילומים הללו פוגעים בשוק של היצירה. בפני מוסדות אלו יש להעמיד ברירה – לנהל משאזמתן להסכם ולוונטרי עם ארגון של מו"לים ומחברים או שתוטל עליהם חובת רישוי כפוי מכוח החוק. אמנם, ההוצאות המנהליות של ארגונים כאלה הן מרובות, אך זה הפתרון הטוב ביותר. עם הזמן ועם הגדלת המודעות לקיום ארגונים אלה, יורד מחיר הרישוי ותגבר המהירות והיעילות שבו יהיה ניתן להשיגו. המשתמש יוכל לבחור בין רישוי ספציפי ובין רישוי כולל. ייתכן שמוסדות להשכלה וספריות יעדיפו רישוי כולל, שכן הוא יצריך פחות מעקב אחרי מספר הצילומים ומידת השימוש. רישוי כזה יקנה היתר לצילום כמות סבירה של החומר המוגן מעת לעת. הכספים שייאספו ממכירת הרשיונות עלידי ארגוני זכויות יוצרים יחולקו ליוצרים על-פי סטטיסטיקות ומדגמים של תדירות השימוש ביצירותיהם. רישוי כפוי מבטיח שעל רוב השימושים הסיטוניים, המבוצעים במוסדות להשכלה, יינתן פיצוי הוגן ליוצר.

אשר לצילום עלידי פרטים, רישוי כפוי איננו אמצעי רצוי או יעיל. הצילום שפלוגי מבצע, השפעתו על השוק של היוצר היא על-פי רוב זניחה. הטלת רשיון כולל על אדם כזה אינה הוגנת, שכן לא יוכל לנצלו ואף אם נוכל להתאים את המחיר של רשיון כולל למידת השימוש הפוטנציאלי שאותו פרט יבצע, לא תיתכן שיטת פיקוח ואכיפה של חובת הרישוי על פרטים. רשיון ספציפי אמנם מבטיח שפרט ישלם רק בעד היקף הצילומים שביצע בפועל, אך הוא יגרום לו לטרחה לאימבוטל ולאהווגנת. שימוש פרטי כזה ימשיך להיבחן עלידי דוקטרינת השימוש ההוגן, ורק צילום של כמות סבירה עלידי הפרט יוכה להגנה ויהיה חופשי מתשלום. צילום עלידי הפרט יוכל להיחשב כהוגן (בדומה לתלמיד המעתיק לעצמו קטע בכתב-יד) למרות ריבוי המצלמים, כיון שבמישור הארצי כל המוסדות המחזיקים מכונות צילום יחויבו ברשיון ובתשלום ליוצר. במוסדות אלו נעשים רוב הצילומים של חומר מוגן, כך שיינתן פיצוי הוגן על צילום היצירה¹¹⁹. כאשר תלמיד מצלם בעצמו במכונת צילום שהספרייה מעמידה לרשותו¹²⁰, במישור

118 ראה לעיל, סעיף ב(4).

119 פתרון דומה, בקרים כלליים, קיים כיום בהולנד, על-פי סעיף 16(b) לחוק זכויות היוצרים. ראה Dietz (לעיל, הערה 79), 131-136; וכן Kolle (לעיל, הערה 80), 403-405.

120 כוונתנו לאו דווקא למכונות צילום שבבעלות הספרייה, או הנמצאות בתחומה. גם מכונה בבעלות קבלן עצמאי או מכונה הנמצאת במסדרון באוניברסיטה טעונה רישוי. רישוי זה ישולם עלידי המוסד שבו נמצאת מכונת הצילום או עלידי הקבלן המפעיל את המכונה ומקבל תשלום עבור הצילומים שהוא מבצע או מאפשר.

של הפרט זהו שימוש עצמי ותחול עליו ההגנה של "שימוש הוגן". במישור של אלפי התלמידים זהו שימוש של הספרייה המעמידה את החומר המוגן לרשות הלומדים והחוקרים באמצעות מסונות-הצילום שבתחומה. בכדי להעניק אפשרות לצלם נדרשת הספרייה לרכוש רשיון. לכאורה נוטל בכך השימוש ההוגן של היחיד (בתחום הלימוד והמחקר), כיון שלמעשה היקף הצילום המותר לפרט זהה להיקף הצילום שהספרייה מוסמכת להתיר, על-פי תנאי הרשיון, כשתמורת הרשיון ישנה חובת תשלום. במלים אחרות: חובת רישוי המוטלת על מוסד עבור כל צילום המתבצע במסונות שבתחומן פירושו שאין צילום למטרות לימוד ומחקר בחינם. דעה זו איננה מדויקת. יש מקום לדוקטרינה של שימוש הוגן במישור של הפרט, כיון שאין בהכרח חפיפה בין היקף הצילומים שיהיה מותר לפרט ולספרייה. לדוגמא: נניח שעל-פי תנאי הרשיון מותר לספרייה לצלם מאמר אחד מכתביעת נתון ולא יותר. הספרייה יכולה לצלם אותו מאמר בעצמה או להעמיד מסונת-צילום לשימוש חופשי בצירוף הדעה שבה יצוין מה מותר על-פי הרשיון. אם סטודנט מצלם שני מאמרים מאותו כתביעת, בניגוד לאמור בהודעה שפרסמה הספרייה, הספרייה תהיה פטורה מאחריות. כעת נצטרך לבחון את שימושו של אותו סטודנט. יהיו מקרים שבהם נאמר שהיקף הצילום שביצע הוא הוגן, למרות הפרת הרשיון של הספרייה. השימוש המותר של הפרט אינו בהכרח חופף לזה של הספרייה.

הפתרון המוצע מתמודד בצורה ממשית ויעילה עם בעיית הצילומים למטרת לימוד, מחקר והוראה. פתרון זה מעניק דרך למתן פיצוי ליוצר שתהיה גם אכיפה. יש לקוות שהמחוקק הישראלי יאמץ גישה זו, המשכילה להתמודד עם המציאות המודרנית והפרקטיקה של ההענקות: שימוש שלא ניתן לאסור, יש להתיר תוך קביעת חובת פיצוי.

ד. סיכום

תכליתם של דיני זכויות היוצרים הוא לאזן בין רצונו של היוצר לשלוט באופן מוחלט על השימוש ביצירתו לבין עניינה של החברה לאפשר שימוש חופשי ורחב בפריירותם של יוצרים, מבלי לפגוע בהמרצתם ליצור. השימוש ההוגן משמש בשיטתנו מכשיר מרכזי להשגת תכלית זו, במקרים שבהם יישום הדינים של הדינים היה מוביל להחטאתה. ההתפתחויות הטכנולוגיות המהירות בשנים האחרונות חייבו בחינה מחודשת של הדוקטרינות השונות בדיני זכויות היוצרים ואף הדינים הנוגעים לשימוש ההוגן, כפי שתארנו בחיבור זה, ובכך הציבו אתגר נוסף בפני המשפט.

בראייה כוללת, סוגיית השימוש ההוגן היא ביטוי אחד מני רבים לעימות המתמשך בין מגמת הבהירות והחדאות של החוק ובין השאיפה לצדק, לאיזון עדין בין האינטרסים השונים. בהצעות שגיבשנו שמרנו על אופיו של כלל השימוש ההוגן כמכשיר משפטי גמיש, ועם זאת ניסינו לצייד את נמעני החוק באמות-מידה ובהנחיות שיסייעו ביישומם בנסיבות השונות. הפתרונות שהצענו אינם מושלמים, אולם כפי שאמר השופט קרדוזו בראשית המאה:

"...No doubt the ideal system, if it were attainable, would be a code at once so flexible and so minute, as to supply in advance for every conceivable situation the just and fitting rule. But life is too complex to bring the attainment of this ideal within the compass of human powers¹²¹."

.B.N. Cardozo, *The Nature of the Judicial Process* (Yale U. Press, 1921) 143 121