רשיון־כפייה בזכות־יוצרים*

מאת

אורי דינשטיין**

הקדמה. א. רשיונות־כפייה — מבוא; 1. זכות יוצרים מהי?; 2. רשיון־כפייה מהו?; (א) מהותו של רשיון־הכפייה; (ב) שימוש הוגן מול רשיון־כפייה; (ג) סוגי רשיונות־הכפייה — בחינה השוואתית; (ד) רשיונות־כפייה והאמנות הבינלאומיות העיקריות של זכות יוצרים; 3. התיאוריה הכלכלית של רשיון־הכפייה. ב. הסדרי־כפייה רווחים בתחומי זכות היוצרים; 1. הזכות המיכנית/רשיון־כפייה בתקליטים ובעיית השיעתוקים; (א) כללי; (ב) הזכות המיכנית; (1) רקע; (2) החוק האמריקני — אב־טיפוס של הסדר; (3) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law; (4) מדינות נוספות; (ג) בעיית־השיעתוקים; (1) רקע; (2) החוק הגרמני — אב־טיפוס של הסדר; (3) מדינות אחרות בקונטיננט; (4) ישראל, ארצות־הברית, אנגליה ומדינות אחרות; (ד) אמנות בינלאומיות; (ה) סיכום והערכה; 2. רשיון־כפייה לגבי שידורים חינוכיים/שלא למטרת רווח; (א) כללי; (ב) ההסדרים הנוהגים בעולם; (1) החוק האמריקני — אב־טיפוס של הסדר; (2) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law; (3) שיטות־משפט קונטיננטליות וביפן; (ג) אמנות בינלאומיות ו"זכויות קרובות"; (ד) סיכום והערכה; 3. רשיון־כפייה בשידורי־כבלים; (א) כללי; (ב) ההסדרים הנוהגים בעולם; (1) החוק האמריקני; (2) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law; (3) שיטות־משפט קונטיננטליות וביפן; (ג) אמנות בינלאומיות; (ד) סיכום והערכה; 4. רשיון־כפייה לגבי הפצת ספרים; (א) כללי; (ב) אמנות בינלאומיות; (ג) הדין בקנדה; (ד) ישראל, אנגליה וארצות־הברית; (ה) סיכום והערכה; 5. רשיון־כפייה לגבי תרגום ספרים; (א) כללי; (ב) אמנות בינלאומיות; (ג) ישראל, אנגליה וארצות־הברית; (ד) סיכום והערכה; 6. רשיון־כפייה לשיעתוק במכונת־צילום; (א) כללי; (ב) ההסדרים הנוהגים בעולם; (1) החוק הגרמני — אב־טיפוס של הסדר; (2) מדינות אחרות בקונטיננט; (3) החוק האמריקני; (4) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law; (ג) אמנות בינלאומיות; (ד) סיכום והערכה; 7. ה־Public Lending Right והשאלת יצירות; (א) כללי; (ב) ההסדרים לגבי יצירות אודיו וידאו; (1) החוק האמריקני; (2) ישראל, אנגליה ומדינות אחרות; (ג) ההסדרים לגבי יצירות ספרותיות; (1) החוק הגרמני; (2) ישראל, אנגליה ומדינות אחרות; (ד) אמנות בינלאומיות; (ה) סיכום והערכה; 8. רשיונות־כפייה נוספים; (א) כללי; (ב) בעיות שטרם מצאו הסדר; 9. הקצאת תמלוגים ליוצרים; (א) כללי; (ב) הקצאת תמלוגים על בסיס אישי; (ג) הקצאת תמלוגים על בסיס קיבוצי. ג. הערכה וסיכום.

* מאמר זה מבוסס על חיבור שנכתב במסגרת הסמינריון "סוגיות נבחרות בדיני קניין", שנתן פרופ' י' ויסמן בשנת תשמ"ח. תודתי הנאמנה נתונה לו על הערותיו המועילות. כמו כן תודתי שלוחה לחברי מערכת משפטים על עזרתם הרבה והערותיהם המועילות.
החיבור זכה בפרס של קרן משה דוכן לעבודות משפטיות בתחום הקניין לשנת תשמ"ח.

** בעת כתיבת החיבור היה המחבר תלמיד שנה ג בפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית, ירושלים. מאז הוכנסו בו תיקונים ועדכונים.

nevo.co.il

הקדמה

במאמר זה נעסוק בנושא של רשיונות־כפייה בזכות־יוצרים. בקיצור לשון ניתן להגדיר רשיון־כפייה כהתערבותו של המחוקק בזכותו של היוצר לשלוט ביצירתו, מבחינה זו שכופים על היוצר לתת רשיון לשימוש ביצירה לכל הממלא אחר דרישות סטטוטוריות מוגדרות. כפיצוי על הכפייה מוענק ליוצר פיצוי כספי, אשר נאמד בהתאם למנגנון הקבוע בחוק.

המאמר יתחלק לשלושה חלקים עיקריים. תחילה נציג בקצרה את התחום של זכות־יוצרים ונעמוד על מיקומו של רשיון־הכפייה במסגרת זו. לאחר־מכן נעשה הבחנה בין רשיון־הכפייה הרגיל — שהוא הסדר העונה להגדרה דלעיל, ויכונה ״רשיון־כפייה במובן הצר״ — לבין שלושה הסדרים אחרים, אשר אינם מכונים בשם רשיון־כפייה, אך בפועל אינם שונים ממנו, ולפיכך, על־פי התיזה שתוצג, ראויים לשיבוץ בקטיגוריה המקיפה של רשיון־כפייה במובן הרחב. בחלק זה גם נעשה השוואה בין הסדרי־הכפייה על יתרונותיהם וחסרונותיהם, נבחן את האמנות הבינלאומיות העיקריות ונציג את הניתוח הכלכלי של רשיונות־כפייה.

החלק השני, שהוא העיקרי, יתמקד בהצגתן של כמה בעיות ממגוון תחומים של זכות־יוצרים: מוסיקה, שידורים וספרים. כל נושא יידון בפרק נפרד, שבו תוצג הבעיה ויידונו ההסדרים המאפיינים את אופן הטיפול בבעיה בכמה מדינות בעולם ובאמנות הבינלאומיות הרלבנטיות, כאשר כל הפתרונות שיוצגו משתבצים בגדר אחד מארבעת הסדרי רשיון־הכפייה הנזכרים[1], הגם שאינם תמיד מכונים כך. בהצגת ההסדרים נראה מה הביא ליצירתם, ובסיכומו של כל פרק נבחן בעין ביקורתית את עצם הצורך ברשיון־כפייה באותה סוגיה. ככל שהרשיון דרוש, נציע את ההסדר האופטימלי, לדעתנו.

החלק השלישי והאחרון שוזר יחדיו את שני החלקים הקודמים ובוחן במבט ערכי־כוללני אם יש בעצם צורך ברשיונות־כפייה בתחום של זכות־יוצרים. כפי שנראה, ניתן לעשות הבחנה ברורה בין רשיונות־כפייה שנוצרו מסיבות היסטוריות (שעליהן אבד הכלח) לבין הסדרי־כפייה הנובעים משיקולי מדיניות או מהתפתחויות טכנולוגיות מודרניות. ניווכח, שלמעשה אין מקום להתייחס אל רשיונות־כפייה מן הסוג האחרון בבחינת הסדר הנכפה על היוצר, אלא יש לראותם כ״זכות לתמלוגים״, קרי: כהסדר המעניק ליוצר תמלוגים שמבחינתו הם אבודים. כלומר: המאמר מביע את הדעה שרשיונות־הכפייה בחלקם מיותרים, בחלקם תלויים בשיקולי מדיניות ובחלקם מחוייבי המציאות כדי להבטיח תמלוגים ליוצר.

1 כיוון שנושאו של המאמר הוא רשיונות־כפייה ולא הגנת זכות־יוצרים בכללותה, ההתייחסות תהיה אך ורק למדינות נבחרות שיש להן הסדרי־כפייה. כללית נתמקד על ישראל, אנגליה וארצות־הברית. יתר המדינות הן קנדה, ניו־זילנד, אוסטרליה, גרמניה, צרפת, שבדיה ויפן. מדינות אלו מהוות חתך מייצג של מדינות ה־Common Law והקונטיננט האירופאי, ויפן תופשת מקום מרכזי בתחומי המוסיקה והספרים.

nevo.co.il

א. רשיונות־כפייה — מבוא

1. זכות־יוצרים מהי?

זכות־יוצרים (copyright) היא חלק מן התחום הקרוי בשם קניין רוחני (intellectual property). היא מבטאת הכרה של הציבור בצורך לתת לאדם גמול עבור יצירתו ולדאוג לכך שהיצירה תגיע לרשות הציבור. במלים אחרות: זהו תמריץ להשקעה בייצור של ביטוי מקורי, המשתקף בהקניית מונופול מסויג[2] ליוצר על יצירתו.

הרעיון של זכות לקניין רוחני בכלל, וזכות יוצרים בפרט, הוא חדש יחסית. למעשה מקורו רק בסוף ימי־הביניים ותקופת־הרניסנס[3]. שורשיו נעוצים, מחד גיסא, בהתפתחות ההכרה באישיותו של האדם, ומאידך גיסא, בהמצאת הדפוס אשר אִפשר לראשונה לשכפל יצירות רוחניות בכמויות גדולות. עם זאת, רק במאה הי״ח קיבלה זכות־היוצרים ביטוי בחוק[4], ואף אז נעשה הדבר בדרך אלמנטרית. זכות־היוצרים הראשונה כלל אינה דומה לזכות המוכרת לנו — לא בהיקפה ולא בנקודת־המוצא שלה. רק במאה העשרים החלו המדינות בחקיקה שיטתית ומקיפה בנושא. במקביל נתחזקה ההכרה במימד הבינלאומי של זכות־היוצרים והחלו להתגבש אמנות בינלאומיות, התופסות כיום מקום מרכזי בהגנה עליה.

ההגנה על זכות־יוצרים משתרעת על מגוון תחומים הקבועים בחוק. במסגרת השאיפה לעודד יצירתיות מוענקת ליוצר בלעדיות לתקופה מוגדרת ביחס ל״חבילת־זכויות״ (bundle of rights), אשר בשיטות־המשפט המרכזיות כוללת את היסודות הבאים[5]:

(1) שחזור (reproduction), לאמור: זכותו של היוצר לשלוט בהעתקת היצירה המוגנת. יש להבחין בין שחזור של יצירה באופן עצמאי (כגון ביצוע יצירה של אחר) לבין שחזורה על דרך של שיעתוק (קרי: העתקה מיכנית שלה, למשל: בדרך הקלטה).

(2) התאמה (adaptation)[6], היינו: זכותו של היוצר להכין יצירה נגזרת (derivative work), כמו תרגום היצירה לשפה או למדיום אחרים, על בסיס היצירה המקורית, דוגמת הכנת סרט על בסיס ספר. נציין, כי בניגוד למקרים אחרים, כאן על־פי־רוב

2 המונופול מסויג משתי בחינות: ראשית, אין הגנת זכות־יוצרים מקנה הגנה מוחלטת כמו בפטנט או בסימן־מסחר, אלא רק הגנה כפני העתקה. שנית, להגנה עצמה קיימים סייגים שחלקם יוצגו בהמשך.

3 א׳ח׳ זליגסון, **יסודות דיני זכות יוצרים, סימני מסחר, פטנטים ומדגמים** (ירושלים, הוצאת מפעל השכפול, תשכ״ג) 15-17.

4 Anne c.21: Copyright Act 1709 8. חוק זה היווה פריצת־דרך לגיסלטיבית בכל המדינות, אך מעניין לציין, כי החוק נועד במקור להגן דווקא על המול״ים והם שלחצו על הפרלמנט להעביר אותו. יוצרים מוזכרים בחוק אך ורק כצעד טקטי של המול״ים לצורך קידום עניינם, אלא שהיוצרים השכילו לנצל את הצעד גם לטובתם. ראה B.Kaplan, *An Unhurried View of Copyright* (N.Y., 1968), 8.

5 ראה, למשל, *The Code of Laws of The USA*, Title 17, Copyrights, 1976, סעיף 106; וכן M.B. Nimmer, *Nimmer on Copyright* (L.A., 1986) II, Ch. 8; P. Goldstein, *Copyright, Principles, Law and Practice* (Stanford, 1987) I, Ch. 5; D. Lester & P. Mitchel, *Joynson-Hicks on UK Copyright Law* (Sweet & Maxwell, 1989), 103.

6 יצוין, כי זכות זו שנויה במחלוקת מבחינת ההצדקה שבהענקתה ליוצר, אך מדינות רבות מכירות בה מחמת תכחיבים כלכליים. ראה W.M. Landes & R.A. Posner, "An Economic Analysis of Copyright Law" 18 *Journal of Legal Studies* (1989) 325, 354–355.

nevo.co.il

אין מדובר בתחליף ליצירה המקורית אלא בדבר חדש לגמרי, וקיימת תרומה מקורית של היוצר החדש. כך, למשל, תרגום ספר כרוך בדרך־כלל בהחלפת מטבעות־לשון, שינויים סגנוניים ולעתים אפילו תוספות והשלמות.

(3) הפצה (distribution), כלומר: זכותו של היוצר למכור, להשאיל, למסור או לעשות כל פעולה של שינוי בעלות ביצירה. ההפצה חורצת את היקף נגישותו של הציבור ליצירה: היא הקובעת באיזו כמות תימצא היצירה בידי הציבור.

(4) הצגה (performance), הווה אומר: זכותו של היוצר לשלוט בביצוע היצירה בפומבי או בשידורה. אין מדובר ברכישת יצירה (עניין השייך להפצה), אלא בהנאה ממנה.

(5) תצוגה (display). במלים אחרות: זכותו של היוצר לשלוט בחשיפת יצירתו לראווה בפומבי. אמנם, קיימת חפיפה מסוימת בין זכות זו לזכות ההצגה, אך ההבדל הוא שהצגה מבצעת את היצירה (כמחזה, בסרט וכדו'), בה־בשעה שתצוגה רק חושפת אותה (כגון שמדובר בהצבתו של פסל במוזיאון).

חשוב לציין, ראשית, כי כל הזכויות דלעיל מהוות פגיעה בזכות־הקניין הבלתי־מסויגת של הבעלים על חפץ מוחשי שבו מגולמת היצירה[7]. הדבר נובע מהבחנה בין הקניין בחפץ לקניין ביצירה הרוחנית המגולמת בחפץ. שנית, שום חוק אינו יכול להקנות ליוצר הגנה מוחלטת, וקיימות "הפרות" או "פגיעות" שיוצר נאלץ לסבול מחמת שיקולים שונים. השאלה עד כמה הדבר נעשה תלויה בתפישות־היסוד בנדון.

עם התפתחות החקיקה בתחום, החלו להתגבש תפישות שונות ביחס לזכות־היוצרים, ובעיקר ביחס למעמד "חבילת הזכויות". הבעיה נעוצה בכך, שהגנת זכות־יוצרים נמצאת בנקודת־הצטלבות בין היצירתיות לבין השוק המסחרי — נקודה שבה מתנגשים האינטרסים של היוצר עם אלה של הציבור. ההתנגשות באה לידי ביטוי בשני מישורים:

(א) נגישות — לציבור יש אינטרס לנגישות מירבית ליצירות ולידע, בעוד שליוצר יש אינטרס לשלוט על הנגישות ולסייגה בתנאים שונים (כגון "הזכות המוסרית"[8]).

(ב) תמלוגים — יש התנגשות בין תפישת התחרות החופשית לבין המונופול המוענק ליוצרים. ניגוד אינטרסים זה הוליד שתי גישות[9], המושתתות על תפישות שונות של הגנת זכות־היוצרים ונחלקות במידת הנכונות לכרסם בזכויות־היוצר — דבר הבא לידי ביטוי, בין היתר, במידת הנכונות לעשות שימוש ברשיונות־הכפייה.

7 נוסף על זכויות אלו יש לזכור גם את הזכות המוסרית (droit moral) של היוצר, שזו זכות הקשורה לפן האישי ביצירה, להבדיל מהפן הכלכלי. ראה בנדון את סעיף 4א לפקודת זכות־יוצרים וכן את מאמרו של פרופ' י' ויסמן, "הזכות האישית (droit moral) בריני זכות יוצרים" מחקרי משפט ז (הוצאת אונ' בר אילן, תשמ"ט) 51.

8 ראה לעיל, הערה 7.

9 שתי הגישות מהוות למעשה גישות־ביניים, שכן בקצה אחד של הקשת ניצבת גישה המעדיפה לחלוטין את טובת הציבור — זו התפישה שרווחה עובר להכרה בזכות־היוצרים, והיא חלפה מן העולם (כמעט ואין מדינה שלא מכירה בזכות־יוצרים בהיקף כלשהו). בקצה השני ניצבת התפישה של אי־התערבות מוחלטת בזכויות־היוצר, אשר אף היא חלפה (אין מדינה המכירה בזכות יוצרים שאין בה פטורים והגבלות על הזכות).

הגישה הראשונה, הרווחת ביבשת אירופה, ממקדת את זכות־היוצרים ביוצר. היא רואה את מטרתה העיקרית של הזכות כהגנה על היוצר והבטחה שהוא יקבל פיצוי הולם. זכות־היוצרים נתפשת כזכות קניינית־טבעית, שכל פגיעה בה מהווה חריג, כך שיש לשאוף למזער את הפגיעה. מכאן נובע, שרשיון־כפייה אינו הדרך הראויה להעניק לחברה את הפירות של עמל אינטלקטואלי.

הגישה השנייה, הרווחת במשפט האנגלו־אמריקני, רואה דווקא בציבור הרחב את מוקד הזכות. בהתאם לכך, המטרה העיקרית היא לדאוג שיצירות יגיעו לידי הציבור, והדבר נעשה על־ידי מתן תמריץ ליוצר בדמות בלעדיות מסוימת ביצירתו. גישה זו משתקפת, למשל, בחוקה האמריקנית[10]. מכיוון שהזכות נתפשת כדבר אשר המחוקק מעניק ליוצר כדי להגשים מטרות ספציפיות, מסתבר שבנסיבות מסוימות ניתן לסטות ממנה, תוך מתן עדיפות לזכויות אחרות. הנחת־היסוד כאן היא, כי תרומת היוצר לחברה אינה מצדיקה מתן מונופול שמחירו לחברה יקר מדי. הסטייה מזכות־היוצרים מתבצעת על־ידי מגוון כלים, כגון מתן פטור מתחולת הזכות, היתר של "שימוש הוגן" על־ידי אחרים ביצירה ואפילו על דרך של רשיון־כפייה.

2. רשיון־כפייה מהו?

(א) מהותו של רשיון־הכפייה

רשיון־הכפייה (compulsory license) קיים למעשה מאז חוק זכות־היוצרים הראשון[11]. זהו אמצעי, המקובל בעולם בהיקף זה או אחר[12] — אם כי הוא שנוי במחלוקת בקרב מלומדים — להגבלת המונופול הנובע מזכות־היוצרים[13]. יש ברשיון־הכפייה סטייה מודעת מן העיקרון של מתן מלוא הזכויות ליוצר, והדבר נובע משיקולים חברתיים־כלכליים. רשיון־הכפייה נועד לאזן בין נגישות הציבור ומניעת ניצול מניפולטיבי של זכות־היוצרים, לבין הבטחת זכות־היוצר לגמול על עמלו[14]. בעבר, שיטות־משפט היו מוכנות לסמוך על המנגנון העצמי של זכות־היוצרים, והיו מעט מאד רשיונות־כפייה. אולם עם הזמן הבינו יותר ויותר, כי לא די בכך, ולעתים יש צורך להתערב. ממילא, כל שיטות־המשפט מכירות בזכותו של היוצר להעניק לאחרים רשיונות כלשהם ביחס ליצירתו, במחיר עליו

10 U.S. Constitution, Article I , Section 8, Clause 8: "...To promote the progress of science and useful arts, by securing for limited times to authors and inventors the exclusive right to their respective writings and discoveries"; ראה גם *Washingtonian Co.* v. *Pearson* 306 U.S. 30, 36 (1939); *U.S.* v. *Paramount Pictures* 334 U.S. 131, 158 (1948).
מעניין להשוות את הדברים הללו עם פסיקה של בית־המשפט העליון מתחילת המאה הי״ט שבה דווקא היוצר עמד במרכז ההגנה: *Wheaton* v. *Peters* 33 U.S. 591, 657–658 (1834).

11 החוק של המלכה אן מ־1709 קבע הסדר־כפייה שיפורט בהמשך במסגרת פרק־משנה ד בפרק השני.

12 בבדיקה של חוקי Copyright של 80 מדינות מרחבי העולם נמצא ש־40 מדינות קבעו הוראות בדבר רשיון־כפייה. העיקריות שבהן הן אוסטריה, אוסטרליה, קנדה, גרמניה, ישראל, הולנד, איטליה, ניו־זילנד, יפן, צרפת, אנגליה, שווייץ, שבדיה וארצות־הברית. ראה *Copyright Law Survey*, WIPO (Geneva 1979).

13 כפי שנציג בהמשך, אמרה זו אינו תואמת את כל רשיונות־הכפייה, אך על שוני זה בתפישה של רשיון־הכפייה נעמוד בהרחבה בפרק השלישי.

14 *Heilman* v. *Bell* 583 F 2d 373, 374 (1978).

האוניברסיטה העברית בירושלים
ספרית הפקולטה
למשפטים

יסכימו הצדדים. ברשיון־כפייה צועדים צעד אחד קדימה ונוטלים מן היוצר את שיקול־הדעת ביחס למתן רשיון כזה, כלומר: נשללת מן היוצר השליטה בנגישות ליצירה שלו.

בספרות הרווחת, המונח רשיון־כפייה מתייחס להסדר מוגדר ומסוים: בעל הזכות ביצירה חייב להעניק לכל דורש רשיון לעשות שימוש מסוים (הקבוע בחוק) ביצירה, ובלבד שיתמלאו תנאים מוגדרים (הקבועים בחוק הספציפי), שהעיקרי בהם הוא קיום משא־ומתן על תשלום תמלוגים לבעל־הזכות, בכפיפות לכך שאם ייכשל המשא־ומתן, יוסדר גובה התמלוגים באמצעות מנגנון הקבוע בחוק. למעשה, ניתן למנות ארבעה אלמנטים בסיסיים ברשיון־כפייה: (1) כפיית בעל־הזכות לתת רשיון; (2) כפיית המשתמש לשלם תמלוגים; (3) כפיית שני הצדדים לנהל ביניהם משא־ומתן על שיעור התמלוגים; ו־(4) כשלון הצדדים להגיע ביניהם להסכמה גורר הפעלת מנגנון סטטוטורי שיחרוץ את שיעור התמלוגים. להסדר זה אנו קוראים בשם ״רשיון־כפייה במובן הצר״. במאמר מוסגר נעיר, כי קיימים גם הסדרי־כפייה במובן הצר, שבהם שיעור התמלוגים או תקרתו קבועים ישירות בחוק למקרה של כשלון המשא־ומתן. הסדרים כאלה הם בבחינת שעטנז של רשיון־כפייה במובן הצר ורשיון סטטוטורי (אשר יידון להלן), אך הם בגדר חריג, ואין להם הרבה דוגמאות.

כפי שנראה, מצויים עוד כמה הסדרים סטטוטוריים, אשר אם כי אינם מכונים בשם רשיון־כפייה, מביאים בדיוק לאותה התוצאה: שלילת זכות הפיקוח ביצירה כנגד תשלום תמלוגים. ההסדרים הם:

(א) רשיון סטטוטורי (statutory license), הווה אומר: סוג של רשיון־כפייה, השונה מהרשיון במובן הצר בהיעדרו של האלמנט (3) דלעיל: שיעור התמלוגים קבוע בחוק, ומתעדכן באורח תקופתי על־ידי גוף מיוחד, מבלי שתהיה אפשרות לנהל משא־ומתן לגביו. הפועל היוצא הוא, שלא רק שנשללת מבעל־הזכות השליטה בנגישות ליצירתו, אלא גם ניטלת ממנו היכולת לקבוע את מחירו של הרשיון. יצוין, כי רבים אינם מדקדקים בהבחנה בין רשיון זה לבין רשיון־הכפייה במובן הצר, נוכח הדמיון הרב ביניהם.

(ב) ה־public lending right (להלן: PLR), היינו: הסדר המעניק לציבור זכות שימוש זמנית בעותק מן היצירה — על־ידי השאלה — מבלי שהמשתמש רוכש בו בעלות. הדבר נעשה על־פי־רוב כנגד תשלום מסוים המיועד ליוצר כפיצוי על אובדן הכנסות עקב ירידה במכירותיו (ההנחה הרווחת היא, שאותו שימוש זמני ביצירה הוא בדרך־כלל תחליף לרכישה). דוגמא להסדר כזה היא השאלת ספרים בספרייה תמורת תשלום דמי־מינוי. לאמיתו של דבר, ההסדר נוצר כדי להקנות ליוצר תמלוגים, הואיל וכל שימוש זמני מותר ממילא מכוח ״דוקטרינת המכירה הראשונה״ (the first sale doctrine)[15], המאפשרת לרוכש של יצירה לעשות

15 תיאוריה שלפיה מרגע שעותק מיצירה נמכר אין לבעל זכות־היוצרים ביצירה זכויות קנייניות באותו עותק, ובעליו של העותק רשאי למוכרו, להשאילו, להחכירו או לעשות בו כל שימוש אחר שלא יפגע ביתר הזכויות של בעל זכות־היוצרים, אשר עודן מוגנות. ראה, למשל, סעיף 109 לחוק האמריקני וכן *U.S.* v. *Powell* 701 F 2d 70, 72 (1983); *CBS* v. *Ames Records & Tapes* (1982) 1 Ch 91, 119. אך נדרש שזה יהיה עותק חוקי של היצירה, אחרת הדוקטרינה אינה חלה: *U.S.* v. *Steerwell Leisure Corp.* 598 F Supp. 171, 174 (1984).

בה כרצונו מבחינה קניינית כיוון שבעל־היצירה מיצה את זכותו בה (עקרון מיצוי הזכויות). כיוון שלא רצו לבטל דוקטרינה זו, על־אף הפגיעה ביוצר, גובש ההסדר של ה־PLR, המשלים עם אובדן השליטה ביצירה, אבל מבטיח תמלוגים לבעל־הזכות, בדיוק כמו רשיון־כפייה. כאן המקום להבהיר, כי ה־PLR מתייחס להשאלת יצירות, ולא להשכרתן; אך כפי שנראה בהמשך, הטיפול המשפטי בשתי הסוגיות כמעט זהה ולכן נדון בהן במאוחד[16].

(ג) היטל (levy), כלומר: תשלום המהווה מעין מס המוטל על פריטים מסוימים כנגד היתר לכלל הציבור לעשות שימוש מסוים ביצירות מוגנות. הצורך בהיטל נובע ממקרים, המתרבים והולכים, שבהם ההפרה של זכות־היוצרים נעשית באמצעות טכנולוגיות חדישות שאינן מאפשרות פיקוח, או שפיקוח מהווה גזירה שאין הציבור יכול לעמוד בה. כיוון שלא ניתן למנוע את ההפרה, נותר להתמקד בפיצוי היוצר על הפגיעה בו, על־ידי הטלת היטל בחוק על יבוא או ייצור ציוד המאפשר את ההפרה. כלומר: כמו רשיון־כפייה, שוללים מהיוצר את השליטה ביצירתו[17] בתמורה לתמלוגים.

כאמור, כל ארבעת ההסדרים הללו גם יחד יכונו בלשון כוללת בשם ״רשיון־כפייה״.

ניתן לומר, כי לרשיון־כפייה יש פועל כפול:

(1) הגנה על זכות־היוצר לפיצוי כספי: מידע הוא דבר בעל־ערך ויש לחץ להשיגו בזול. בעבר, עקב טכנולוגיה דלה, קל היה לאכוף זכויות ולפקח על הפצה וה־עתקה. אולם התפתחויות טכנולוגיות כמו לווייני־תקשורת, כבלים טרנס־אוקיאניים, משדרי־רדיו רבי־עוצמה, פקסימיליות, מכונות־צילום ותקשורת מחשבים הפכו את העולם ל״כפר גלובלי של משפחת האנושות״ שבו אפשרויות הפיקוח והשליטה הן אפסיות. נוצרו גם שימושים חדשים ביצירות, אשר ההגדרות הקיימות בספרי החוקים אינן מותאמות לגביהם, והשיטות השגורות להגנה על יוצרים נכשלות בעטיים. כאן נכנסים לתמונה הסדרי רשיון־כפייה, אשר כפיצוי על נטילת השליטה ביצירה מידי היוצר מעניקים לו דרך להבטחת תמלוגיו.

(2) הגנה על זכות הציבור לזרימת מידע: רשיונות־הכפייה נועדו למנוע מצב שבו בעל־היצירה ינצל את עמדת־הכוח המונופוליסטית שלו בצורה לא־הוגנת. במיוחד יש בהם כדי להרחיב את נגישות הציבור ליצירה (אם כי אין בהם למנוע אי־פרסום מוחלט של יצירה).

רשיונות־כפייה, שעיקר מטרתם הבטחת נגישות הציבור, נוגעים במיוחד להדפסת ספרים ותקליטים ולתרגום ספרים. יצוין, כי רשיונות מסוג זה רווחים מאד בעולם השלישי, וזו דרכן של מדינות מתפתחות לכפות על יוצרים זרים לחלק עם התושבים המקומיים את ההנאה מיצירותיהם ולמנוע ניצול, הפקעת מחירים ומונופוליזציה. מאידך גיסא, רשיונות־כפייה, שעיקר ייעודם הבטחת פיצוי היוצר, מצויים במיוחד

16 לעניין השוני בין השכרה להשאלה, אנו מפנים להלן, עמ׳ 310.

17 שלילת השליטה היא במובן זה שהחוק אינו קובע שהמעשה הנדון מהווה הפרה, שכן, כפי שנראה, בפועל אין ליוצר שליטה על יצירתו במקרים שכאלו.

nevo.co.il

בתחומים הקשורים בטכנולוגיות חדשות (כגון שיעתוקים של יצירות מוסיקליות, סרטים ויצירות ספרותיות).

יש להבהיר, כי רשיון־כפייה אינו בגדר היתר גורף, אלא הוא מתייחס לזכות ספציפית של היוצר. הרשיון מהווה היתר לעשות שימוש מסוים ומוגדר ביצירה ותו לא, מבלי לגרוע מיתר זכויות־היוצר. כך, למשל, היתר לעשות שימוש בפס־קול של סרט אינו כולל זכות להפיץ קלטת וידאו שלו[18]. כל הסדר של רשיון־כפייה הוא ייחודי, עם רציונליזציה משלו. עם זאת, מעניין הדבר, שהיה צורך בהתערבות מסוג זה ביחס למרבית הזכויות של היוצר. כמו כן, הסדר הכפייה אינו שולל אפשרות של משא־ומתן רצוני מחוץ להסדר, וזאת לא רק לעניין התמלוגים אלא לעניין סוג השימוש והיקפו, אלא שמשא־ומתן שכזה, על־פי־רוב, אינו חובה וניתן לפנות ישירות להסדר שבחוק.

(ב) ״שימוש הוגן״ מול רשיון־כפייה

ניתן לומר, כי ייתכנו ארבע עמדות ביחס לזכות־יוצרים הקבועה בחוק. ההשקפה האחת רואה בזכות דבר מוחלט, שכל פגיעה בה מהווה הפרה. התפישה השנייה יוצרת מצב של פטור: המחוקק מחליט כי במצבים מסוימים או ביחס לאנשים מסוימים אי־כיבוד הזכות על־ידיהם אינו בגדר הפרה. בין שני קצוות אלה מצויים שני הסדרים משלימים: רשיון־הכפייה ודוקטרינת ״השימוש ההוגן״ (fair use)[19]. לכאורה, נוח ביותר למחוקק להסתפק בקביעת איסורים — ומולם, מצבי פטור — ללא הסדרי־ביניים. אולם ברי כי במציאות מצב כזה אינו רצוי, שכן קיים תחום אפור של הפרות, שבהן מטפל השימוש ההוגן; וכן שכיחים מצבים שבהם אין אפשרות למנוע פגיעה ביוצר או בציבור (כפי שהובהר לעיל). במצבים אלה נועד לטפל הפתרון של רשיון־הכפייה. עקרונית קיים שוני מהותי בין דוקטרינת השימוש ההוגן לבין רשיון־הכפייה וכן בין מטרותיהם, ומשום כך אין מקום להשוואה ערכית כוללת ביניהן. אולם לעתים אנו נמצאים בפרשת־דרכים, בה עלינו להחליט לעבר איזו מבין הטכניקות נפנה, וההחלטה אינה פשוטה כפי שניתן היה לסבור. אמנם שימוש הוגן עוסק בעיקרו בשימוש פרטי ולא בשימוש מסחרי — שזהו תחום פועלו של רשיון הכפייה, אך ניתן לחשוב על שימוש הוגן המיושם באופן מסחרי, כגון ביקורת או סקירה עיתונאית, העושות שימוש בחלק קטן מהיצירה, אך זהו החלק הדומיננטי מבחינת עניין הציבור ובכך מתייתר הצורך ברכישת היצירה והיוצר יוצא נפגע. להלן נעמוד בקצרה על המאפיינים העיקריים של הסדרים אלה. הדבר יסייע בידנו לבחון מתי לא ניתן להסתפק בפתרון של שימוש הוגן, ויהיה דרוש אפוא הסדר של רשיון־כפייה.

לאדם שאינו בעל זכות ביצירה, דוקטרינת השימוש ההוגן מקנה היתר לבצע

18 *Cohen* v. *Paramount Pictures Corp.* 845 F 2d 851, 853 (1988). כך גם רשות להעתיק יצירה אינה כוללת רשות לשדר אותה: *Schumann* v. *Albuquerque Corp.* 474 F Supp. 473, 476 (1987). והרשות להשכיר סרטי־וידאו אינה כוללת היתר להקרנתם בתאים פרטיים תמורת תשלום: *Columbia Pictures Industries* v. *Redd Horne* 749 F 2d 154, 158–159 (1984).

19 מהות הדוקטרינה מוצגת להלן. לפירוט בנדון ראה ד׳ לוינסון, ״ההגנה של שימוש הוגן בזכות יוצרים״ משפטים טז (תשמ״ז) 430.

בה שימושים שונים, ללא צורך בהסכמת בעל־הזכות וללא צורך בתשלום תמלוגים בגין השימוש — ובלבד שהשימוש נופל בגדר ההיתר בחוק. בדרך־כלל מדובר בהיתר לעשות שימוש סביר וסטנדרטי ביצירה כגון לשם לימוד עצמי, מחקר, ביקורת או תמצית עיתונאית. הדוקטרינה קיבלה עיגון סטטוטורי ראשון בחוק זכות יוצרים האנגלי מ־1911, הנוהג גם בישראל[20], חוק ששימש דגם למדינות אחרות, ובכללן ארצות־הברית[21].

השימוש ההוגן נבדל מן ההסדר של רשיון־כפייה בכמה נקודות: ראשית, כאמור, רשיון־כפייה חל רק באופן ספציפי לגבי זכות מסוימת, ואילו דוקטרינת השימוש ההוגן חלה בצורה גורפת על כל הזכויות. שנית, בניגוד לשימוש הוגן, רשיון־כפייה אינו מפעיל מבחן גמיש לבחינת צורכי המשתמש מול צורכי בעל־הזכות, אלא הוא מהווה חוזה לא־כתוב המאפשר שימוש בלתי־מוגבל ביצירה במסגרת התחום הספציפי שבו הוא ניתן, בתמורה לתשלום עתידי. שלישית, רשיון־הכפייה הוא הסדר אקטיבי: תנאי לשימוש ביצירה הוא עמידה בדרישות החוק לקבלת רשיון כזה. לעומתו, שימוש הוגן הוא הסדר פסיבי, בבחינת טענת הגנה כנגד יוצר הטוען להפרה של זכות מזכויותיו, ואין צורך במעשה כלשהו כדי לחסות בגדרו. לבסוף, שימוש הוגן מטבעו אינו מפעיל שום מערכת ולכן אין לו עלויות התקשרות או עלויות ניהול, אלא בשלב שבו מוגשת תביעה בגין הפרה. מאידך גיסא, רשיון־כפייה כולל עלויות התקשרות בין הצדדים, ולא פעם מצריך הפעלת מנגנון פיקוח ואיסוף יקר.

אשר להיבטים השליליים של כל אחד מההסדרים, ככלל, שימוש הוגן מגן על הציבור תוך פגיעה שולית ביוצר, שכן על־פי־רוב הזוכה להגנה לא היה רוכש את היצירה אלמלא ההגנה; אך כאמור תיתכן גם פגיעה קשה שאין עמה פיצוי. לעומת זאת, לפחות לכאורה, רשיון־כפייה פוגע בשני הצדדים: בעל־הזכות אינו יכול עוד לתבוע בגין הפרה, והמשתמש מנוע מלחסות בצל פטור או טענת שימוש הוגן, כגון בטענה שהניצול היה שולי — ברשיון־כפייה כל שימוש מחייב תשלום תמלוגים[22]. אולם ניתן לומר, כי התמלוגים מכוח רשיון־הכפייה משתלמים בתמורה לשני יתרונות: (א) יצירת ודאות בשימוש, קרי: המשתמש יודע שלא ייתכן מצב שהשימוש יימנע ממנו; ו־(ב) הידיעה שהמשתמש לא ייתבע בגין הפרה. שני גורמי הוודאות אינם קיימים בניסיון לחסות תחת שימוש הוגן. במקרה של רשיון־כפייה, גם היוצר מצדו אינו צריך לעסוק במרדפים לאכיפת זכויותיו ולהתעסק במשפטי הפרה ארוכים ויקרים, הואיל ותמלוגיו מובטחים לו. מכאן ניתן לומר, שכל אחד מן הצדדים משלם מחיר מסוים תמורת רווח במישור אחר. המסקנה מכל האמור היא, כי למרות חסרונותיו של רשיון־הכפייה, לא בהכרח תמיד עדיף עליו הסדר של שימוש הוגן.

20 חוק זכות יוצרים 1911, חא״י פרק ג עמ׳ 2633(ע), סעיף 2(1)(I).

21 בארצות־הברית הכירו בזכות משך שנים רבות, אך היא זכתה לעיגון סטטוטורי רק בחוק של 1976 (לעיל, הערה 5), סעיף 107.

22 M.M. Hyman, "The Socialization of Copyright: The Increased Use of Compulsory Licenses" *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1985) 105,107.4

(ג) סוגי רשיונות־הכפייה — בחינה השוואתית

נעבור עתה לבחון את ההבדלים העקרוניים בין הסדרי הכפייה השונים.

שני ההסדרים הראשונים שבהם נדון הם רשיון־כפייה במובן הצר ורשיון סטטוטורי. המאפיין אותם הוא, ששניהם מבטיחים הן את נגישות הציבור הן את תמלוגי היוצר. ברשיון סטטוטורי התמלוגים מוכתבים בחוק, והיתרון של מצב זה הוא מהירות ונוחות בהפעלה. רשיון־כפייה במובן הצר מחייב משא־ומתן עם כל יוצר בנפרד — או, כמקובל, עם איגוד־יוצרים — והתהליך בהכרח מסורבל. יתרון נוסף של תמלוגים סטטוטוריים נובע מכך, שלרוב במשא־ומתן אחד הצדדים נמצא בעמדת־כוח והוא יכול לנצל זאת לרעה, בה בשעה שכאן (להבדיל מרשיון־כפייה במובן הצר) מונעים את התופעה. החסרון של רשיון סטטוטורי הוא, שהמחיר הקבוע בו אינו תמיד תואם את מחיר השוק שהיה נקבע במשא־ומתן בין הצדדים. חסרון זה בא לידי ביטוי גם כאשר בין הצדדים מתנהל משא־ומתן רצוני, שלא במסגרת הסדר הכפייה, שכן לעולם הסכום שיסוכם במשא־ומתן שכזה לא יעלה על הסכום הסטטוטורי (שהרי הצד המשלם יאיים להפעיל את הרשיון הסטטוטורי). חסרון נוסף של הרשיון הסטטוטורי הוא בתחומים, אשר בהם (מחמת ההתפתחויות הטכנולוגיות) יש צורך בעדכונים תכופים של שיעור התמלוגים. רשיון סטטוטורי דורש מהלך של המחוקק, שלא נודעת לו הגמישות הקיימת במשא־ומתן בין הצדדים. ראוי לשוב ולהזכיר את קיומם של הסדרים שהם בבחינת שעטנז של שני ההסדרים הללו. במקרים דנן קיים מנגנון לקביעת שיעור התמלוגים, אך ישנה תקרה סטטוטורית של תמלוגים. הסדר שכזה נראה לנו לקוי, שכן הוא אינו מרפא אף אחד מליקויי רשיון־הכפייה במובן הצר, אלא רק מוסיף עליהם חסרונות של רשיון סטטוטורי. העולה מכל האמור הוא, כי בתחומים שבהם יש חשיבות לוודאות וליציבות, במקביל להסדר זריז ללא משא־ומתן בין הצדדים, עדיף רשיון סטטוטורי. לעומת זאת, במקום שהמחוקק אינו יכול להגן על רמת תמלוגים ריאלית, במקביל לכוחות־השוק, עדיף רשיון־כפייה במובן הצר.

אשר ל־PLR, כאן עסקינן בסוג ספציפי של רשיון סטטוטורי (או לעתים — של רשיון־כפייה במובן הצר), אלא שההבדל הוא כפול: ראשית, הסדר זה מתאפיין בתמלוגים נמוכים, שאינם תואמים את מחיר השוק; שכן בדרך־כלל מדובר בספריות ציבוריות, אשר אינן פועלות למטרות רווח ואין כוונה להכביד על תקציבן, שלרוב ממומן ממילא מכספי הציבור. שנית, במוקד ההסדר ניצבים הציבור ונגישותו, ולא היוצר, ועובדה זו משליכה על ההסדר והפעלתו. ברי שהסדר כזה מתאפיין בתופעת־לוואי שלילית מכיוון שהוא מסייע לשיעתוק של יצירות. אשר ליתרונות ההסדר ולחסרונותיו, יפים בנדון הדברים דלעיל לגבי רשיון סטטוטורי, אלא שכאן על־פי־רוב לא מעשי לנקוט הסדר של רשיון־כפייה במובן הצר.

לגבי היטלים, זהו ההסדר הייחודי מבין רשיונות־הכפייה. ההסדר מתאפיין בשינוי בתפישה המסורתית של זכות־היוצרים. מכירים בכך, ששוב אין ליוצר אפשרות להילחם בהפרות מסוימות, ולכן אין טעם בקיום איסור בנדון. עוברים להסדר גורף אשר מתיר אמנם את השימוש שעד כה נאסר אבל דואג לשיפוי היוצר. בכך שונה ההסדר שלפנינו מהסדרים אחרים שבהם רשיון־הכפייה אינו משולב

בהמרת האיסור בהיתר, אלא הרשיון מהווה הגנה אישית בפני הפרה. הבדל נוסף הוא העברת נטל התמלוגים מן המשתמש אל היצרן עקב קשיים בגביית התמלוגים. כיוון שההסדר נעשה בדרך־כלל על־ידי הממשלה, היא גם אחראית לא פעם על איסוף הכסף, אשר אינו מועבר בשלימותו אל איגודי־היוצרים לחלוקה (נרחיב על כך בפרק מיוחד). בחלק מן המקרים ההיטל פועל כרשיון סטטוטורי, ושיעור ההיטל מעוגן בחוק. במקרים אחרים ההיטל פועל כרשיון־כפייה במובן הצר, ויש אפשרות למשא־ומתן בין הצדדים על שיעור התמלוגים. עקב המאפיינים המיוחדים של ההיטל אין מקום להשוות בינו לבין ההסדרים האחרים, משום שההיטל מיועד בלעדית למצבים שבהם אין ערך לרשיון־כפייה מסוג אחר, כפי שהמצב כיום לגבי שיעתוקים במוסיקה ובספרים.

(ד) רשיונות־כפייה והאמנות הבינלאומיות העיקריות של זכות־יוצרים

עוד לפני שזכות־היוצרים החלה להתמסד בחקיקה הפנימית של מדינות רבות היא זכתה לעיגון באמנות בינלאומיות. בתחום של זכות־יוצרים קיים כיום מספר רב של אמנות בינלאומיות, שמספרן גובר והולך נוכח חידושים טכנולוגיים. ראוי להטעים, כי תחומי יצירה רבים ניתנים להסדר רק באמצעות שיתוף ותיאום בינלאומיים, וזכות־היוצרים הולכת ומקבלת אופי אקסטרא־טריטוריאלי. התחום נשלט על־ידי שתי אמנות מרכזיות — אמנת ברן ואמנת־UCC — הקובעות הסדר משפטי כולל, ואילו יתר האמנות עוסקות בנושאים ספציפיים[23]. לפיכך נסתפק עתה בהצגת שתי האמנות העיקריות, והאחרות יידונו בהמשך במידת הצורך.

(1) **אמנת ברן.** זוהי האמנה המרכזית והחשובה ביותר בתחום זכות־יוצרים. האמנה מכסה את כל הסוגיות בתחום ומהווה הסדר משפטי כולל[24]. היא נכנסה לתוקף ב־1886 ומאז נתקיימו עוד כמה ועידות של המדינות המתקשרות, שמספרן עולה בהתמדה[25]. הכרחי להדגיש, כי בכל ועידה הוכנסו תיקונים ושינויים בנוסח האמנה, אלא שלא כל הצדדים לאמנה המקורית אשררו את הנוסח הסופי[26].

האמנה מקנה ליוצרים בלעדיות לגבי שורה של זכויות[27]. עקרונית, רשיונות־כפייה אינם מתיישבים עם האמנה, אם כי הם מותרים בכמה מקרים חריגים שעליהם

23 קיימת גם אמנת WIPO, שהיא אמנה מרכזית (חברות בה למעלה מ־120 מדינות), אך זו עוסקת בפן ארגוני־מדיני של זכות־יוצרים ולא בזכויות עצמן ולכן אין מקום לדון בה.

24 Berne Convention. נוסח עדכני של האמנה — *Copyright Laws & Treaties of The World* III. לגבי האמנה ראה S. Ricketson, *The Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works: 1886–1986* (London, 1987); Nordemann, Vinck, Hertin, Meyer, *International Copyright* (Germany, 1990) 35–209; S.M. Stewart, *International Copyright and Neighbouring Rights* (London, 1983) 86–132.

25 הנוסח המקורי — ברן 1886. ועידות נוספות: פריז 1896, ברלין 1908, ברן 1914, רומא 1928, בריסל 1948, שטוקהולם 1967, פריז 1971. אשר למספר המדינות החברות — מספרן, נכון לדצמבר 1991, הוא 90, ובכלל זה כל המדינות הנזכרות לעיל, בהערה 1.

26 מבין אותן מדינות אוסטרליה, צרפת, גרמניה, יפן, שבדיה, ארצות־הברית ואנגליה אישררו את הנוסח של פריז 1971; קנדה הנוסח של רומא וחלק מהנוסח של שטוקהולם; ניו־זילנד את הנוסח של רומא; ישראל את הנוסח של בריסל וחלק מהנוסח של שטוקהולם.

27 סעיף 5 לאמנה, המפנה לזכויות בדין הלאומי ולזכויות מכוח האמנה, אשר מוסדרות בסעיפים 8, 9, 11, 11Bis, 11Ter, 12 ו־14.

נעמוד בהמשך[28].

מדינה מתקשרת חדשה באמנת ברן היא ארצות־הברית, אשר נמנעה בעבר מלאשרר אותה בשל כמה הוראות פנימיות שלא היתה נכונות לשנותן[29], אך ב־1989 נתקבלה חקיקה שקיבלה את השינויים הנדרשים[30] וכך נסללה הדרך להצטרפותה.

(2) **אמנת UCC**. אמנה זו פחותה בחשיבותה מאמנת ברן, שכן היא מבוססת על מכנה משותף נרחב ביותר, וההגנה שהיא מעניקה ליוצרים פחותה מזו המוקנית באמנת ברן. כמו־כן האמנה מסדירה בעיקר את הנושא של יצירות ספרותיות, ואילו לגבי יתר סוגי היצירות (בהתאם להגדרות האמנה) יש להחיל את הוראותיה על דרך ההיקש[31].

הולדתה של אמנת UCC נעשתה בהעדרן של ארצות־הברית ומדינות רבות אחרות מאמנת ברן ומתוך רצון למצוא עבורן מסגרת בינלאומית הולמת. רוב המדינות המתקשרות באמנת ברן אישררו גם את אמנת UCC[32], בעיקר כדי לזכות בהגנה שהאמנה מעניקה ברחבי ארצות־הברית. כיום, עם הצטרפותה של ארצות־הברית לאמנת ברן, דומה כי אמנת UCC נתייתרה. אשר ליחס בין שתי האמנות, בדרך־כלל אין קושי ליישב ביניהן, ומכל־מקום העניין מוסדר במפורש באמנת UCC המקנה עדיפות לאמנת ברן[33].

אמנת UCC עברה רק ועידה אחת שבמסגרתה נעשו בה תיקונים[34]. לפי האמנה מתחייבות המדינות המתקשרות להגן על מכלול זכויותיהם של יוצרים. אשר לרשיונות־כפייה, אמנה זו יותר ליברלית מאמנת ברן. פרט לקיומו של רשיון־כפייה מפורש באמנה, האמנה מתירה למדינות המתקשרות לסטות מן ההגנה על זכויות־היוצרים כל עוד לא נשללת מהם הגנה סבירה[35]. אמנם, סויגה היכולת לקבוע הסדרי־כפייה על־ידי איסור על ״מערכת כפייה גורפת״ — דבר שנתפרש כהסדר־כפייה לגבי כל השימושים של סוג מסוים של יצירות או לגבי שימוש

28 רשמית, רשיונות־כפייה מותרים מכוח סעיפים 11Bis ו־13. הסדרים אחרים הם בעייתיים מבחינת האמנה והם יידונו בהמשך באופן פרטני. ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 910-913. לגבי מדינות מתפתחות יש באמנה נספח מיוחד המקנה להן טיפול מועדף, אך אין חובה לאשררו. ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 590-662; Nordemann (לעיל, הערה 24), 201-209.

29 עניין זה יפורט להלן בפרק השני, פרק־משנה 1.

30 Public Law 100–568 — An Act To Amend Title 17, United States Code, To Implement The Berne Convention For The Protection of Literary & Artistic Works, As Revised At Paris On July 24 1971 And For Other Purposes, 1988.

31 Universal Copyright Convention (UCC). נוסח עדכני, ראה לעיל, בהערה 24. לגבי האמנה ראה Nordemann (לעיל, הערה 24), 211-334; Stewart (לעיל, הערה 24), 133-173; A. Bogsch, *The Law of Copyright Under The Universal Convention* (N.Y., 3rd ed., 1968); וכן א׳ בלום, ״האמנה העולמית בדבר זכות יוצרים״ **הפרקליט** ט (תשי״ג) 195.

32 נכון לדצמבר 1991, אישררו את האמנה 83 מדינות, ובכלל זה כל המדינות הנזכרות לעיל, בהערה 1.

33 סעיף XVII לאמנת UCC קובע, כי אין בהוראות האמנה כדי לגרוע מהאמור באמנת ברן. הסעיף גם מפנה לנספח הצהרתי בנדון. ראה Nordemann (לעיל, הערה 24), 323-329; Stewart (לעיל, הערה 24), 159-160; וכן Bogsch (לעיל, הערה 31), 111-124.

34 ועידת פריז 1971. יצוין כי ב־1971 נערכה בפריז ועידה מקיפה בנושא קניין רוחני שבמהלכה גם תוקנה, כאמור, אמנת ברן וכן גובשו הסדרים נוספים.

35 סעיפים V ו־IV Bis בהתאמה.

מסוים של כל סוגי היצירות, אך פרט לכך, מותרים הסדרי־כפייה[36].

3. התיאוריה הכלכלית של רשיון־הכפייה

ההכרה בזכות לקניין רוחני אינה דבר מובן מאליו, מה גם שזכות זו לא רווחה מקדמת־דנא, אלא היא מהווה התפתחות חדשה־יחסית. כאשר באים לבחון את השאלה מדוע בכלל דרוש להקנות הגנת זכות־יוצרים, נהוג לתת לכך הצדקות שונות שהעיקריות הן זכות היוצר לקטוף את פירות עמלו (תיאוריית העבודה) וההנמקה של מתן תמריץ כלכלי לעידוד יצירתיות[37]. על ההצדקה הראשונה כבר עמדנו לעיל וראינו בקצרה את השקפותיהן של שיטות־המשפט השונות בנדון. עתה נציג את ההנמקה הכלכלית.

כאשר מדברים על ניתוח כלכלי של זכות־יוצרים בכלל, ורשיון־כפייה בפרט, יש לבחון שלוש שאלות: (א) האם מוצדק להגן על זכויות קניין רוחני? (ב) מהו הפתרון היעיל ביותר מבחינה כלכלית להגן על זכויות הקניין הרוחני? (ג) מהו מקומו של רשיון־הכפייה במסגרת אותו פתרון?

נקודת־המוצא של הניתוח היא, כי לקניין רוחני יש ערך כלכלי[38] וכי רכוש אינטלקטואלי הוא סחורה הניתנת להפצה. מכאן שיש משמעות כלכלית ליכולת לרכוש בקניין רוחני בעלות וזכויות כלפי צדדים שלישיים. בשל כך, לא ניתן להסתפק בהגנה על הלבוש המוחשי של יצירות רוחניות במסגרת זכות הקניין "הרגילה", אלא דרושה הרחבה של זכות הקניין כך שתחול גם על יצירות רוחניות, במנותק מן הביטוי המוחשי שלהן. ואולם בהכרה בבעלות אין די, ויש צורך בהגנה נוספת על זכויות של היוצר ביצירות רוחניות, שאם לא כן ייעלם התמריץ הכלכלי ליצירה של יצירות רוחניות והציבור הרחב יצא נפסד.

הסיבה לכך היא אופיין המיוחד של יצירות רוחניות כ"מצרך ציבורי", קרי: מוצר בלתי־מתכלה הניתן לשימוש חופשי ובלתי־מוגבל, אשר אינו גורע מן השימוש וההנאה של כל אחד מן המשתמשים בפני עצמו (להבדיל מקניין מוחשי שבו ריבוי בעלים גורע מן השימוש של כל אחד מהם)[39]. כתוצאה מכך, כאשר יצירות רוחניות מתפרסמות ועוברות לנחלת הכלל, יש אפשרות לכולי עלמא ליהנות מהן, לרבות על־ידי העתקתן (בדרך־כלל באמצעים פשוטים, בשל תפוצתן והנגישות הגבוהה אליהן). בקניין רוחני הדגש הוא על האינפורמציה, ואילו ההעתקה מתייחסת ללבוש המוחשי־צורני של האינפורמציה (כגון ספר, תקליט או דיסקט של מחשב) תוך קבלת האינפורמציה הגלומה במוצר המוחשי בחינם. תכונה מיוחדת זו מאפשרת לצרכנים רבים ליהנות מיצירה בחינם (free riders) — למשל על־ידי קליטה פירטית

36 בכינוס מיוחד של המדינות החברות נערכה הכרזה משותפת בנדון. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 73 ו־148-150; Nordemann (לעיל, הערה 24), 261-264.

37 J.E. Esezobor, "Concepts In Copyright Protection" 23 *Bulletin of The Copyright Society of The USA* (1975-1976) 258, 266; H.M. Spector, "An Outline of a Theory Justifying Intellectual Property & Industrial Property Rights" 8 *EIPR* (1989) 270.

38 U. Uchtenhagen, "The Economic Significance of Copyright" *Copyright* (1989) 280.

39 Posner (לעיל, הערה 6), 326; ד' לוינסון־זמיר, "שיקולים כלכליים בהגנה על המצאות" משפטים יט (תשמ"ט) 143, 145-147.

של שידורים — או בעלות של העתקתה, הנמוכה מעלות רכישתה (למשל העלות של קלטת או דפי־צילום), אלא שגם במקרה שכזה אותה עלות אינה מוזרמת ליוצר. כל עוד אותם נהני־חינם מסתפקים בשימוש עצמי, הנזק מוגבל על־פי־רוב; אך כאשר הם עוברים להתחרות ביוצר המקורי, נוצרת בעיה עם כוחות־השוק הרגילים: בעוד שתחרות רגילה נובעת מקיומם של תחליפים בדמות יצירות מקוריות אחרות, אין היוצר יכול לעמוד בתחרות בדמות עותקים זולים של יצירתו־הוא, בהתחשב בכך שליצור יצירה תמיד יקר יותר מאשר להעתיקה (מכיוון שמחיר מקורי תמיד מגלם הן את עלות היצירה הן את עלות הייצור). מנגד, בהעתקה נחסכת עלות היצירה ולכן העלות השולית (מחיר ייצור של יחידת־התפוקה האחרונה) של מוצר מועתק זולה יותר מעלותו השולית של עותק חדש מן היצירה המקורית.

התוצאה היא היווצרותו של "כשל שוק" במובן זה, שכוחות־השוק הרגילים מביאים לכך כי לא זו בלבד שליוצר המקורי אין כל יתרון על־פני מעתיקים פוטנציאליים, אלא שעל־פי־רוב דווקא למעתיקים יש יתרון על־פני היוצר ובכך נעלם התמריץ לפיתוח יצירה מקורית. לכן דרושה בדיקה האם התערבות במנגנון השוק, אשר תביא לאיזון במצב ותשמור על רמת תמרוץ ליוצרים שימשיכו ליצור, אכן מוצדקת מבחינה כלכלית ועדיפה על עלותו של כשל השוק. ישנם פתרונות שונים לכשל השוק, אך הפתרון אשר אומץ בתחומים רבים של קניין רוחני — וכך גם ביחס לזכות־יוצרים — הוא פתרון של מתן מונופול מוגבל ליוצר, בדמות הגנה על זכות־יוצרים, היוצרת שוק מלאכותי בשליטה במגמה לעודד יצירתיות. כלומר: הגנה על זכות־יוצרים הינה הדרך להחזיר ליוצרים את התמריץ הכלכלי שאבד להם כתוצאה מהיותן של יצירות רוחניות מצרך ציבורי[40].

אין אחדות־דעים בשאלה אם מונופול שכזה רצוי, או בכלל יעיל, ושמא נזקיו אינם עולים על תועלתו (בעיקר בשל האופי של היצירות כמצרך ציבורי) — למשל מבחינת הפגיעה בנגישות הציבור ליצירות — ואכן, נשמעים לא מעט קולות נגד הגנה שכזאת[41].

ואולם משורת מאמרים מן העת האחרונה עולה, כי הגנת זכות־יוצרים — כמו הגנות מונופוליסטיות אחרות בתחום של קניין רוחני — נחוצה באופן חד־משמעי כדי להגן על יוצרים ולמנוע התמוטטות מוחלטת של יצירתיות רוחנית נוכח יתרונות

40 Posner (לעיל, הערה 6), 326;

41 נטען כי ככל מונופול כלכלי הוא אינו רצוי ונזקיו רבים על תועלתו. ראה Z. Chafee Jr., "Reflections & the Law of Copyright: I" 45 *Columbia L.R.* (1945) 503,506–511; W. Wallace, "Control over the Monopoly Exercise of Copyright" 4 *IIC* (1973) 380; L.E. Seltzer, *Exemptions & Fair Use In Copyright* (Harvard, 1978) 4–5.
רוגמא ליישום עמדה זו ניתן למצוא במסגרת תחום הספרים, שבו התמקד הוויכוח על נחיצותה של הגנת זכות־היוצרים. כמאמר חריג נטען שהן ההצדקה המוסרית הן ההצדקה הכלכלית אינן מצדיקות הגנת זכות־יוצרים בספרים, וההגנה רק גורמת נזק. המחבר מנתח בפרוטרוט את ההשפעה הצפויה של ביטול ההגנה על שוק־הספרים ומסקנתו היא, שלמעט כמה סוגי ספרים לא ייגרם כל נזק, נהפוך הוא, ולכן הדבר רצוי. ראה S. Breyer, "The Uneasy Case for Copyright — a Study of Copyrights Photocopies & Computer Programs" 84 *Harvard L.R.* (1970–1971) 281, 284–329; במאמר־תגובה נטען שהסרת ההגנה של זכות־יוצרים תמוטט את תעשיית הספרים ותטיל מחיר כבד על החברה עקב פגיעה ביצירתיות. ראה B.W. Tyerman, "The Economic Rationale for Copyright Protection for Published Books — a Reply to Prof. Breyer" 18 *UCLA L.R.* (1970–1971) 1100.

המעתיקים, ומכאן שמחירו הכלכלי של המונופול מתקזז מול תמרוץ היצירתיות. מסתבר, כי יש מקום לקיומה של הגנה על זכויות קניין רוחני כחריג בשוק חופשי של סחורות נטולות הגנות[42]. אלמלא ההגנה על מקוריות היה הציבור ממתין לפיתוחים של אחרים, הדורשים זמן וכסף, כדי שיוכל להעתיק את הרעיונות. תוצאת־לוואי של התנהגות כזו היתה שאיש לא היה יוצר, והנטל היה עובר למדינה[43]. עוד יש לזכור, כי המונופול הניתן אינו מוחלט: הוא מוגבל בזמן והוא מגן אך ורק מפני העתקה, בלי למנוע פיתוח יצירה זהה אם הדבר נעשה באופן נפרד ועצמאי (להבדיל מהגנת פטנט). כמו־כן, במקום שיש חשש לפגיעה בציבור על־ידי המונופול קיימים מנגנונים מתקנים, דוגמת זכות השימוש ההוגן ורשיון־הכפייה, שבו נדון עתה.

ראינו לעיל, כי הגנת זכות־יוצרים מקנה ליוצר עמדת־כוח מונופוליסטית לגבי היצירה המוגנת. אולם במקרים מסוימים הפתרון הזה נמצא לוקה בחסר, בין מחמת הפגיעה בנגישות הציבור ובין מחמת פגיעה בתגמול הכלכלי של היוצר. הפגיעה בציבור באה לידי ביטוי בהיצע נמוך מן ההיצע האופטימלי ליצירה. הרי כיוון שעלות השכפול של יצירות היא נמוכה, כדאי לייצר את היצירה ולחלקה לכל מי שיש לו תועלת חיובית ממנה. אולם המונופול של היוצר מאפשר לו למַקסם את רווחיו על דרך קביעת מחיר גבוה ליצירותיו, והציבור יוצא נפגע. מנגד, הפגיעה ביוצר נובעת מטכנולוגיות מתקדמות המאפשרות הפקת הנאה חינם מיצירות, באופן שהמונופול של היוצר נותר ככלי ריק.

כלומר: במקרים מסוימים חסרונות המונופול מכוח זכות־היוצרים עולים על יתרונותיו, ודרוש מנגנון חדש שיאזן בין זכויות הצדדים, מבלי לשוב למסגרת של שוק חופשי נטול־הגנות לזכויות קניין רוחני. זהו תפקידו של רשיון־הכפייה: להוות מנגנון מתקן למונופול של היוצר. רשיון־כפייה מהווה התערבות ממשלתית הקובעת את מחיר הפיצוי ליוצר או את המנגנון לקביעת המחיר. כך, מחד גיסא, רשיון־הכפייה מונע פגיעה בציבור עקב היצע נמוך מן ההיצע האופטימלי ליצירה ודחיפה לרווחים מוגזמים מצד היוצר; ומאידך גיסא, רשיון־הכפייה מונע עלות שוק נמוכה מדי הנובעת מחיקויים ומהפרות (עלות אשר אינה מעניקה ליוצר תמריץ לייצר). התוצאה היא לא רק שוק בפיקוח אלא גם מחיר שוק בפיקוח, שכן ההסדר קובע תקרת הכנסות. במלים אחרות: רשיון־כפייה הוא התערבות חיצונית במונופול שמקנה זכות־היוצרים ליוצר מתוך התחשבות בצרכים ספציפיים של הציבור או היוצר.

42 M. Lehmann, "The Theory of Property Rights and the Protection of Intellectual & Industrial Property" 16 *IIC* (1985) 532, 538–539; M. Lehmann, "Property and Intellectual Property — Property Rights as Restrictions on Competition in Furtherance of Competition" *IIC* (1989) 1; H.C. Jehoram, "Critical Reflections on the Economic Importance of Copyright" *IIC* (1989) 485; Posner (לעיל, הערה 6), 326, 328-332: המחברים דוחים אחת לאחת את כל הטענות נגד הגנת זכות־יוצרים אך לדעתם הרחבה מוגזמת של הזכות תביא לתוצאות שליליות. כן ראה Seltzer (לעיל, הערה 41), 9-10; T.J. Brennan, *"Harper & Row* v. *The Nation inc.* — Copyrightability & Fair Use" 33 *Journal of The Copyright Society of The USA* (1985–1986) 368, 375–384; לוינסון־זמיר (לעיל, הערה 39), 164-166.

43 Spector (לעיל, הערה 37), 272.

מובן, כי קיים קושי בהתערבות שכזו, בעיקר בפן של קביעת המחיר של רשיון־הכפייה[44]. כך, למשל, קיים חשש שיוצרים לא ישקיעו ביצירות מעבר לסכום מסוים שצפוי כי יוחזר מאותם תמלוגים שהמחוקק מקנה להם, והדבר יפגע בהיקף היצירתיות. לכן יש חשיבות רבה למחיר הנקבע ברשיון־כפייה ועליו להתאים לשווי השוק של המוצר. אם הממשלה אינה יכולה לשלוט בהיצע ובמחירי השוק של יצירה, אסור לה להתערב באמצעות רשיון־כפייה; אחרת הדבר ייצור עיוות, אם בהיצע לציבור ואם בפיצוי ליוצר, וכאשר העיוות גדול מדי עדיף שהמונופול יישאר על כנו[45]. מכל מקום חשוב לזכור, כי רשיון־כפייה הוא היוצא־מן־הכלל להגנת זכות־יוצרים — בבחינת הסדר משלים ומתקן.

יש המציגים הצדקות כלכליות נוספות לקביעת הסדר של רשיון־כפייה, פרט לשיקולים בדבר הצורך בתיקון התוצאה של מתן עמדת־כוח מונופוליסטית ליוצר[46]. אולם לנו נראה, כי השיקול הנזכר הוא היחידי העשוי להצדיק רשיון־כפייה וכי שיקולים כלכליים אחרים אינם מתקזזים עם מחירו של רשיון־הכפייה.

כנגד כל זאת קיימות, כמובן, דעות נגדיות הטוענות, כי אין זה רצוי שתהיה התערבות חיצונית במונופול של זכות־יוצרים באמצעות רשיון־כפייה; שכן הדבר אינו מתיישב עם האופי החדשני והתחרותי של השוק, המקשה מאוד על האפשרות שמנגנון של רשיון־כפייה יחליף את כוחות־השוק — הקשיים המְנהליים בכל הנוגע לקביעת שיעור התמלוגים מקשים על היצמדות למחירי השוק הריאליים[47]. לנו נראה, כי לאור השיקולים שהוצגו אין מנוס משימוש ברשיון־כפייה במצבים מסוימים. ביסוס למסקנה זו יובא בפרק הבא.

צריך להודות, כי גם אם הכוחות הכלכליים אינם גלויים תמיד על פני השטח, הם זורמים תחתיו ומשפיעים על שיקולי המדיניות. כך, למשל, פטור מאחריות מוענק כאשר המונופול או הפיקוח עליו מטילים מחיר כבד מדי על החברה. אך הניתוח הכלכלי משקף רק פן אחד, ומבט ממנו בלבד עלול להיות מעוות; שכן לעתים קיימים שיקולי מדיניות המצדיקים צעדים מסוימים הגם שמבחינת הניתוח הכלכלי אינם רצויים[48]. די להזכיר, כי ההסדר של שימוש הוגן בעצם מהווה רשיון־כפייה עם מחיר אפס: יש חובה לאפשר שימוש ואין זכות לתמלוגים. ואולם, בהעדר שיקולי מדיניות, מחירו של רשיון־כפייה יהיה אפס רק אם זהו שווי השוק האמיתי שלו — מצב שאינו סביר.

44 לוינסון־זמיר (לעיל, הערה 39), 155-156.

45 Brennan (לעיל, הערה 42), 379-381.

46 Hyman (לעיל, הערה 22), 112.

47 P. Goldstein, "Preempted State Doctrines, Involuntary Transfers & Compulsory Licenses — Testing the Limits of Copyright" 24 *UCLA L.R.* (1976–1977) 1107, 1136–1138; Hyman (לעיל, הערה 22), 112.

48 Spector (לעיל, הערה 37), 272.

nevo.co.il

ב. הסדרי־כפייה הרווחים בתחומי זכות־היוצרים

1. הזכות המיכנית/רשיון־כפייה בתקליטים[49] ובעיית השיעתוקים

(א) כללי

התחום הראשון שנבחן הוא המוסיקה, שבמסגרתו נעמוד על שני הסדרי־כפייה. האחד נקרא ״הזכות המיכנית״, והאחר מתייחס לבעית השיעתוקים של יצירות מוסיקליות. כל הסדר ייבחן בנפרד ביחס לרקע התפתחותו, תוכנו במדינה המהווה אב־טיפוס לטיפול בבעיה והדין בכמה מדינות נוספות. לבסוף נסכם את הנושא במאוחד.

(ב) הזכות המיכנית

(1) רקע

הסדר־הכפייה של הזכות המיכנית נועד לסייג את הזכות הבלעדית של היוצר לשיחזור יצירתו בכל הקשור בתקליטים. התוצאה היא, שעם פרסומה הראשוני של יצירה אשר הודפסה על־גבי תקליט רשאי כל אדם לעשות בה שימוש לצורך הפקת תקליט משלו, ללא צורך בקבלת הסכמת היוצר, ואף בניגוד לרצונו. לשון אחרת: החוק מאפשר להשתמש ביצירה באמצעות ביצועה־מחדש לצרכי ממכר מסחרי (בכפיפות לתנאים שעליהם עוד נעמוד), וזאת להבדיל אלף אלפי הבדלות משיעתוק היצירה, קרי: העתקה מיכנית שלה — למשל: באמצעות מכשיר הקלטה, האסור בתכלית האיסור. כך, למשל, לקח הזמר טום ג׳ונס את השיר המפורסם Kiss של הזמר פרינס, וביצע אותו בעצמו. בלי להתעמק בשאלה מה היה ההסדר ביניהם בפועל, הרי מכוחה של הזכות המיכנית רשאי היה טום ג׳ונס לעשות כן ובלבד שמילא אחר הדרישות הסטטוטוריות. אולם אין צורך בהסכמת בעל־הזכות, וכל עוד מתקיימות הוראות החוק אין האחרון רשאי להתנגד (כגון בטענה שאינו אוהב את קולו של הזמר המשחזר). נציין, כי מוסיקה היא התחום היחיד מבין תחומי האמנות המוגנים שבה מוכנים לשלול מן היוצר את הבלעדיות בשחזור יצירתו כבר עם פרסומה.

לפני שנבחן את ההסדרים הספציפיים יש מקום לעמוד על ההתפתחויות ההיסטוריות שעמדו מאחורי רשיון־כפייה זה. הזכות המיכנית היא הדוגמא הבולטת ביותר להסדר של רשיון־כפייה, וכמעט כל מדינה המוכנה לסייג את זכות־היוצרים על־ידי רשיון־כפייה, עשתה כן בנוגע לתעשיית התקליטים. כמו־כן הזכות המיכנית היא בין רשיונות־הכפייה הראשונים, ובמדינות רבות היתה תקופה ארוכה רשיון־הכפייה המפורש היחיד בחוקיהן.

49 המונח ״תקליטים״ אינו מדויק: בחוקים ובאמנות הזרים משתמשים במונח Phonogram או Phonorecord, אך למונחים אלו אין מקבילה עברית ולכן מטעמי נוחות בחרנו במונח ״תקליטים״, אך בכל מקום שבו מוזכר המונח הכוונה במשמע גם קלטות־מוסיקה וכן תקליטורים (compact disc), אלא אם נאמר אחרת.

nevo.co.il

ההתפתחות אירעה במקביל משני צדי האוקיינוס: בשלב ראשון ניתן פסק־דין אנגלי מ־1900 ובשלב שני ניתן פסק־דין אמריקני מ־1907, ומשניהם צמחה התפישה שלפיה העתקת גלילים מחוררים (המקבילים של התקליט המודרני) אינה הפרה של החוק[50]. בכך נפתח הפתח לשיעתוק מסחרי. בשלב הבא התקיימה ב־1908 ועידה של המדינות המתקשרות באמנת ברן והוחלט על תיקונה על־ידי הוספת סעיף המתיר לחוקק רשיון־כפייה ביחס לתקליטים[51]. באותה עת התקיימו בקונגרס האמריקני דיונים לגבי הנוסח הסופי של חוק זכות־יוצרים חדש[52]. הכוונה היתה לאסור על שיעתוק מסחרי, אולם עקב הנסיבות המיוחדות בענף המוסיקה באותה עת והחששות שנוצרו בדבר מונופוליזציה של השוק[53], החליט הקונגרס לסייג את הזכות המוענקת ליוצרים על דרך אימרץ הרעיון של רשיון־כפייה, המבטיח שיוצרים יקבלו פיצוי, אך מונע מונופוליזציה. גם באנגליה, בדיונים על החוק של 1911, הוחלט ללכת בעקבות הדוגמא האמריקנית ולקבוע רשיון־כפייה[54]. לאימוץ ההסדר האמריקני[55] בחוק האנגלי נודעת חשיבות רבה מאין כמותה בהתפתחות הזכות המיכנית, שכן בריטניה היתה אימפריה עולמית וחוקיה היוו תשתית למדינות רבות גם לאחר שזכו בעצמאות. כך, בהרבה ממדינות חבר־העמים הבריטי ואף בישראל יש רשיון־כפייה כזה עד היום.

(2) החוק האמריקני — אב־טיפוס של הסדר

הזכות המיכנית בארצות־הברית כוללת הסדר מסוג רשיון סטטוטורי: כל אדם רשאי ליטול יצירה שנתפרסמה בארצות־הברית על תקליט, ובכפיפות למילוי תנאים אשר יפורטו להלן (שהחשוב שבהם הוא תשלום תמלוגים סטטוטוריים ליוצר) הוא רשאי לעשות שימוש ביצירה לצורך הכנת תקליט משלו, שאותו ימכור לציבור באופן מתחרה עם תקליטו של בעל־הזכות[56].

עיקרי ההסדר[57]: ההסדר חל על יצירות מוסיקליות לא־דרמטיות, שפורסמו

50 *Boosey* v. *Whight* (1900) 1 Ch. 122, 124. פסק־הדין קבע, כי החוק האנגלי של 1842 מונע אך ורק העתקה של גליונות־מוסיקה (תווים), שהיוו אותה עת מקור הכנסה עיקרי ליוצרים מוסיקליים, ואין *החוק* מונע העתקה של גלילים מחוררים (Perforated rolls — גליונות שעליהם הודפסו יצירות באמצעות חירור ואשר הושמעו על גבי מכשיר מיוחד — המקבילה של התקליט המודרני). ובארצות־הברית, בפסק־דין *White-Smith Music Co.* v. *Apollo* 209 U.S. 1,17–18 (1907) נקבע לעניין גלילים מחוררים שהעתקתם אינה מהווה הפרה לאור החוק האמריקני של 1790.

51 זהו סעיף 13 לאמנה, שיידון כהרחבה בהמשך.

52 החוק של 1909, שנועד להחליף את החוק של 1790.

53 חברת־תקליטים גדולה, אשר ציפתה (כמו כולם) שהחוק החדש יעניק זכות אקסקלוסיבית להפצת תקליטים לבעלי זכות־היוצרים, מיהרה לקנות את זכויות־היוצרים ממרבית היוצרים הגדולים בארצות־הברית במגמה ליצור לעצמה מונופול עם חקיקת החוק החדש. הקונגרס היה מודע להתפתחות זו וצקב חששו מהמונופול המאיים להיווצר, החליט לחוקק הסדר של רשיון־כפייה.

54 חוק זה החליף את החוק של 1842 ועיגן את הזכות המיכנית בסעיף 19.

55 יש לציין, כי לרשיון־הכפייה האמריקני קדמה אמנת ברן ולשניהם קדם הסדר גרמני, אך הוא היה מצומצם ולא חל על תקליטים. ראה פירוט להלן, בהערה 81. נוסף על כך היה הסדר כזה באיטליה שמקורו בפסק־דין מקומי ולא בחוק.

56 זהו סעיף 115 לחוק.

57 Nimmer (לעיל, הערה 5), IV, פרק 8; A. Latman, R.A. Gorman, *Copyright for the Eighties*

בתוך ארצות־הברית. הוא מתייחס רק לתקליטים[58] ואינו כולל פס־קול של סרט או ביטוי אודיו־ויזואלי או תווים, וכן אינו חל לגבי ביצוע פומבי. אם ההדפסה הראשונה היתה חוקית ובסמכות ובתוך ארצות־הברית, והשחזור מיועד למכירה לציבור בעיקר למטרות שימוש פרטי — אזי בכפיפות למשלוח הודעה לבעל זכות־היוצרים לפני הייצור או עד 30 יום לאחריו, אך מכל־מקום לפני ההפצה (בהתאם לתקנות מפורטות), וכן בכפיפות לתשלום תמלוגים כפי הקבוע בחוק — ניתן לקבל רשיון־כפייה. יש לשים לב, כי רשיון־הכפייה מתייחס אך ורק ליצירה עצמה ובשום אופן אינו חל על הביצוע של היצירה. ודוק: כל שהרשיון מתיר לבעל־הזכות זה לשכור מוסיקאים ונגנים ולבצע בעצמו את היצירה. ביחס לביצוע הספציפי קיימת זכות נפרדת, של המבצע, ולגביה אין כל רשיון־כפייה[59]. לכן, אם חפצים לשעתק את הביצוע הספציפי, יש לקבל רשיון מבעל־הזכויות לגביו והדבר כפוף לתשלום תמלוגים נוספים. אמנם, במקרה שניתן רשיון־כפייה כנדרש, ואדם שיעתק את הביצוע הספציפי — לפנינו הפרה של זכויות המבצע בלבד, ורק הוא זכאי לתרופה[60]. מותר לערוך ביצירה שינויים קלים הדרושים לצורך ביצועה־מחדש, אך אסורות סטיות וחריגות מהותיות. כמו־כן אין המשחזר יכול לקבל הגנת זכות־יוצרים על היצירה החדשה כיצירה נגזרת, אלא אם קיבל את הסכמת בעל־הזכות.

אשר לתמלוגים, החוק הקיים משנת 1976 קובע את שיעורם, והם משתלמים על־פי כמות התקליטים שנמכרה בפועל (להבדיל מן המצב לפי החוק הקודם משנת 1909, שבו התשלום היה על בסיס הכמות שיוצרה). הגוף העוסק בגביית התמלוגים, בהקצאתם ליוצרים ואף בקביעת שיעורם הוא ה־Copyright Royalty Tribunal, שהוא יציר החוק ושבידו עוד מגוון תפקידים וסמכויות, לרבות עדכון תעריף התמלוגים מדי עשר שנים[61]. שיטת החלוקה של ההכנסות ליוצרים תידון בפרק נפרד.

בעוד שהחוק הקודם נעדר־שיניים, קיימת עתה סנקציה על אי־תשלום, לאמור: ביטול הרשיון. גם אי־קיום תנאי ההסדר כלשונם מהווה הפרה המביאה לשלילת

(Virginia, 1981) 1–11, 396–411; *U.S.C.A.* (St. Paul, 1977) No. 17, 192–202; *American Jurisprudence* (N.Y., 2nd ed., 1985) XVIII, 423–470; S.L. Bach, "Music Recordings, Publishing & Compulsory Licences: Toward a Consistent Copyright Law" 14 *Hofstra L.R.* (1985–1986) 379.

58 ראה לעיל, הערה 49.

59 בחוק הקודם מ־1909 לא היתה הגנה על הביצוע, עד לתיקון מ־1971 שהכניס הגנה כזו בסעיף 114 לגבי "הקלטת הקול" (sound recording). אולם גם לפני התיקון קבעו כי רשיון־הכפייה לא חל על הביצוע. הלכה זו נקבעה לגבי ההסדר בסעיף 1(e) לחוק של 1909 וחזרו עליה לגבי ההסדר בחוק החדש: *Duchess Music Corp.* v. *Stern* 458 F 2d 1305, 1311 (1972); *Harris* v. *Emus Records Corp.* 734 F 2d 1329, 1335 (1984); E.S. Meyers, "Sound Recordings & the New Copyright Act" 22 *N.Y.L. School L.R.* (1976–1977) 573, 576.

60 כך, למשל, בפסק־דין חדש קיבל מבצע פיצוי נזיקי על חיקוי קולו, הגם שלא נעשתה הפרת זכות יוצרים: *Midler* v. *Ford Motor Company* 7 USPQ 2d 1398 (1988).

61 ראה סעיף 804(a)(2)(b). עניין זה חורג מנושא המאמר ולא נרחיב לגביו. לפירוט ולביקורת ראה E.F. Braylowski, "The Copyright Royalty Tribunal" 24 *UCLA L.R.* (1976–1977) 1265.

הגנתו של החוק[62]. את התמלוגים צריך לשלם מי שהגיש את הבקשה לרשיון־כפייה, אף אם אינו המפיץ של התקליטים; אבל אם אינו משלם, היוצר רשאי לתבוע את הכסף מכל מי שקשור לייצור התקליטים ולהפצתם.

הסדר־הכפייה בנדון אינו הסדר בלעדי, והחוק מתיר לצדדים לנהל משא־ומתן רצוני, מחוץ לגדרו של הרשיון הסטטוטורי, שהפנייה אליו היא בגדר אופציה[63]. בפועל (כמו במצב ששרר בעת שהחוק הקודם עמד בתוקפו), כמעט שלא נעשה שימוש בהסדר הסטטוטורי, ובדרך־כלל הצדדים מגיעים להסדר רצוני[64].

כדי שנוכל להעריך נכונה את ההסדר, ראוי לבחון את ההתייחסות אליו במשך השנים. רשיון־הכפייה בתקליטים נולד, לאחר ויכוחים רבים וקשים, כשמטרתו להגן על הציבור ועל נגישותו ליצירות[65]. ההסדר הֵשיג את המטרה של הפיכת המוסיקה לנחלת הכלל, אך נכשל במטרה של מתן פיצוי הולם ליוצרים. כאמור, החוק הישן משנת 1909 הוחלף על־ידי חוק חדש ב־1976[66]. לחוק זה נודעת חשיבות רבה, כיון שהוא מעגן בתוכו לא פחות מחמישה רשיונות־כפייה וזאת (כפי שנראה) דווקא בתקופה שבה החלו להישמע יותר ויותר קולות נגד רשיונות כאלה. כמו בהסדר הישן, גם הפעם ניטשו מאבקים בין היוצרים לבין תעשיית התקליטים סביב ההסדר, וזאת לאור קריאות רבות של מלומדים ואף של רשם זכות־היוצרים[67] לביטול הסדר־הכפייה הקודם (אשר נוצר כדי לתת מענה למצב המיוחד שרווח ערב החוק הקודם ואינו קיים עוד). בסופו של דבר גבר כוחה של תעשיית התקליטים — שעיקר התנגדותה לביטול ההסדר נבע מחששה ששיעור התמלוגים יהיה פרוץ לרווחה — וההסדר הישן נשמר בכפיפות לשינויים טכניים. אלא שהפעם שאלת נגישות הציבור היתה משנית, והוויכוח על ביטול רשיון־הכפייה ננטש די מהר. עיקר הוויכוח היה כלכלי, והוא נע סביב שאלת שיעור התמלוגים[68]. בסופו של דבר הסכום אכן הוגדל, אך יש הסבורים שגם החוק החדש נכשל בקביעת פיצוי הולם ליוצרים[69]. מכל זאת עולה, כי רשיון־הכפייה נולד מסיבות שהצריכו אותו בזמנו ונותר בתוקף משיקולי מדיניות שאותם עוד נבחן.

62 *Shapiro* v. *Remington Records* 265 F 2d 263, 269–270 (1959).

63 *Edward B. Marks Music Corp.* v. *Foullon* 171 F 2d 905, 907 (1949).

64 להשלכות הנובעות מכך ראה דיון בסוף הפרק־המשנה.

65 The House Report on the Copyright Act of 1909, Nimmer (*ibid* 5), IV, appendix 13, 6–7. זהו סעיף 1(e) לחוק של 1909.

66 זהו החוק הנוהג כיום (לעיל, הערה 5).

67 בארצות־הברית קיים מרשם של זכות־יוצרים, ועד להצטרפות לאמנת ברן הרישום היה תנאי לאכיפת זכויות ביצירה. המרשם מעוגן בפרק מיוחד בחוק זכות־יוצרים ובראשו עומד רשם.

68 כדי להבין את הסיבה לכך חשוב להבין, כי בשעה שנקבעו התמלוגים בחוק הישן, הדפסת תקליטים היתה מקור הכנסה שולי ועיקר פרנסתו של יוצר באה ממכירת דפי־מוסיקה; ואילו כיום מכירת תקליטים מהווה עיקר הפרנסה. ראה Nimmer (*Ibid.* 5), The House Report on the Copyright Act of 1976, IV, appendix 4, 73–79.

69 P.S. Rosenlund, "Compulsory Licensing of Musical Compositions for Phonorecords under the Copyright Law of 1976" 30 *Hastings L.R.* (1978–1979) 683, 684. התעריף כיום הוא 5 סנט ליצירה או 0.95 סנט לדקה — הגדול מבין השניים.

(3) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law

החוק האנגלי הוא ההסדר שהטביע את חותמו על מדינות ה־Common Law. כאמור, רשיון־הכפייה האנגלי הועתק מן הדין האמריקני ועוגן לראשונה בחוק משנת 1911. לחוק זה חשיבות רבה מבחינתנו, שכן הוא החוק החל בארץ כיום; אך באנגליה הוא הספיק לעבור עוד כמה גלגולים שהאחרון שבהם היה חקיקת חוק זכות־יוצרים חדש בשנת 1988[70], שבו בוטל לחלוטין רשיון־הכפייה בתקליטים. בכך למעשה צוער המחוקק הבריטי בכיוון הפוך מן המחוקק בארצות־הברית[71].

בנושא זכות־יוצרים קיימים בישראל שני דברי חקיקה שקיבלנו בירושה מן המחוקק המנדטורי — חוק זכות־יוצרים, 1911, ופקודת זכות־יוצרים, 1924[72]. כן קיים חוק ישראלי אחד: חוק זכויות מבצעים, תשמ״ד-1984. בכל החוקים הללו קיים רק רשיון־כפייה אחד, לאמור: הזכות המיכנית[73]. הנושא כמעט שלא נדון בספרות ובפסיקה המקומיות, וכמו המצב באנגליה ובארצות־הברית לא נעשה בזכות המיכנית שימוש למעשה, שכן הצדדים מגיעים להסדר רצוני. גם כאן העיקרון הוא, כי שחזור יצירה שהודפסה על־גבי תקליט, לאחר שנשלחה לבעל־הזכות הודעה מראש תוך תשלום התמלוגים הסטטוטוריים, לא ייחשב להפרה. שחזור אפשרי אך ורק באופן מלא, ללא שינויים ואלתורים[74]. ההסדר מתייחס לזכות לשחזר את היצירה בלבד, ואינו מתיר לשעתק את הביצוע המסוים שלה[75]. הסדר זה דומה מאוד להסדר בארצות־הברית, אלא שהוא מנוסח באופן פשטני ולמרות אורכו של הסעיף חסרות בו כמה הוראות הקיימות בארצות־הברית, אשר באנגליה נוספו בחוק

70 ב־1956 נחקק חוק חדש, שבצקבות המלצת ועדת Gregory קלט בתוכו את הזכות המיכנית, אך בשינויים רבים. זהו סעיף 8 לחוק. במשך כעשרים שנה חל החוק עד שהחלו לדון בהחלפתו. היו בנדון ועדות שונות, שהמפורסמת והחשובה שבהן, זו של Withford, המליצה לשמר את סעיף 8 בכפיפות לכמה שינויים: *Copyright & Designs Law: Report of the Committee to Consider the Law On Copyright & Designs* (Chairman, Withford, 1977) 86–89. והיא דווקא המליצה על ביטול סעיף 8. לדעתה, הסיבות שהצריכו את רשיון־הכפייה אינן קיימות כיום ואין סיבה שדווקא בתחום זה יוגבלו הצדדים — יש לתת לכוחות־השוק לפעול: *Reform of the Law Relating to Copyright, Designs & Performers Protection: A Consultative document* (the green paper) (London, 1981), 18 ועדה נוספת מ־1986 קיכלה את המלצות הוועדה הקודמת, והסעיף בוטל בחוק החדש: Elizabeth II c.48: Copyright, Designs and Patents Act, 1988.

71 כיום באנגליה, למעט ה־public lending right המוסדר בחוק עצמאי, אין בחוק אף רשיון־כפייה. המגמה היא לעבור מהסדרי־כפייה להסדרי־מסגרת (blanket schemes) החלים על סקטור מסוים בשלימותו, תוך שמירת זכות התערבות סטטוטורית, בעיקר לצורך מתן רשיון ללא תשלום תמלוגים (למשל: סעיפים 140-141).

72 החוק תוקן ב־1953 וב־1958, והפקודה עברה כחמישה תיקונים, אך שניהם נותרו פחות או יותר כמתכונתם המקורית ללא שינוי מקיף. ראה זליגסון (לעיל, הערה 3), 21.

73 זהו סעיף 19(2) לחוק זכות־יוצרים 1911. ראה M.B. Nimmer, P.E. Geller, *International Copyright Law and Practice* (U.S., 1988): J. Weisman — Israel, 17. ואולם ראה ד׳ לוינסון (לעיל, הערה 19), 432. בהנחה שאין טעות דפוס והדברים בהערה 13 אינם אמורים להיות בהערה 14, אזי המחברת מביעה דעה שונה מהמקובל הן ביחס לסעיף 19(2) הן ביחס לסעיף 8 לחוק האנגלי של 1956.

74 *The Gramophone Co.* v. *Leo Feist* 41 CLR (1928–9), 1, 13–14; *Ludlow Music* v. *Canint Music Corp.* (1967) DLR 2d 200, 215–216.

75 המר׳ 8375/68 אקו״ם נ׳ תעשיית תקליטים, פ״מ סו (תשכ״ט) 62, 63.

של 1956[76]. אשר לשיעור התמלוגים, הוא קבוע בחוק כאחוז מהמחיר הקמעונאי של התקליט[77].

החוק האנגלי שימש, כאמור, מקור השפעה גם עבור מדינות Common Law אחרות, ובעיקר ניו־זילנד[78] ואוסטרליה[79], אשר אימצו את הסדר הזכות המיכנית בגרסה הדומה לזו האנגלית. אשר לקנדה, עד לאחרונה רווח בה רשיון־כפייה כמו בישראל, אולם במחצית 1988 נתקבל תיקון לחוק הקנדי, אשר (בין היתר) ביטל את רשיון־הכפייה בתקליטים[80].

(4) מדינות נוספות

בקונטיננט האירופאי מרבית המדינות דוגלות בגישה השואפת להימנע ככל האפשר מפגיעה ביוצרים, ולכן רובן אינן נוטות לשלב רשיונות־כפייה בחוקיהן. בכל־זאת,

76 א' בלום, זכות יוצרים (מ' נוימן בע"מ, 1957) 82-87; E.J. MacGillivray, *The Copyright Law of 1911 — Annotated* (London, 1912) 131–133.

77 סעיף 19(3) קובע את שיעור התמלוגים ל־5% (למעט יצירות שעליהן חל סעיף־קטן א') מהמחיר הקמעונאי של התקליט, בכפיפות לסכום מינימום. החוק קובע מנגנון לעדכון התעריפים, אך לא ידוע למחבר על שימוש שנעשה בסמכות זו.

78 בניו־זילנד סעיפים 22-23 קובעים הסדר זהה לזה שבסעיף 8 לחוק האנגלי של 1956. אין התמודדות עם בעיית השיעתוקים. ראה The Copyright Act 1962, amen. 1985.

79 החוק האוסטרלי — An Act Relating To Copyright & For Other Purposes 1968, amen. 1984 — קובע בסעיפים 55-64 הסדר דומה לסעיף 8 לחוק האנגלי של 1956. עוד על הסדר זה ראה J. Lahore, *Intellectual Property Law in Australia* (Sydney, 1977; service-1987) 329–336; J.A.L. Sterling, G.E. Hart, *Copyright Law in Australia* (Sydney, 1981) 167–169; Nimmer (ibid, 73): Lahore — Australia, 97–102.

קיימים כמה הבדלים בין ההסדר האנגלי והאוסטרלי. כך, למשל, באוסטרליה חייב המשעתק להמתין שיחלפו 30 יום מהיום שבו העותק הראשון יוצר או יובא לאוסטרליה על־פי תנאי החוק, או מהיום שבו החלו לשווק את התקליט לציבור באופן הנדרש בחוק, באחת המדינות המנויות בתקנות (כולל כ־70 מדינות מרחבי העולם) — המוקדם מבין התאריכים. הסיבה לכך היא הרצון לתת הזדמנות ליוצר להציע תחילה לציבור את תקליטו־הוא. ישנם עוד כמה הבדלים שוליים. מעניין שלפני חקיקת החוק של 1968 היו קולות שקראו לבטל את רשיון־הכפייה, אולם כיוון שבאותה עת הוא היה קיים בכל מדינות חבר־העמים הבריטי וגם בארצות־הברית, היה חשש שיצרנים אוסטרליים ייפגעו בהשוואה לעמיתיהם בחו"ל ולכן הוחלט להשאיר את הסעיף על כנו. גם בהצעת חוק מ־1988 הוצע לבטל את רשיון־הכפייה בכפיפות להסדרים משלימים, כמו בהסדר האנגלי. אולם ב־1989 נתקבל התיקון The Copyright Amendment Act שבו נשאר על כנו רשיון־הכפייה תוך תיקונים למערכת קביעת התמלוגים (סעיף 9 לתיקון).

80 החוק הקנדי — An Act Respecting Copyright 1921 (RSC 1970, C-30) : 11–12 Geo. V c. 24, קלט את סעיף 19(2) של החוק האנגלי מ־1911 בסעיף שמספרו אף הוא 19. החוק תוקן ב־1971, אך הסעיף נותר באותה מתכונת. לאחרונה תוקן החוק על־ידי Act To Amend The Copyright Act and To Amend Other Acts 1988 (RSC 1987, C-60), אשר בין יתר קביעותיו ביטל את רשיון־הכפייה המוסיקלי כמו המהלך האנגלי. הגיעו למסקנה שזהו הסדר ארכאי שאין בו עוד צורך ועדיף שישלטו כוחות־השוק בכפיפות לדיני התחרות והמונופולים. לפי הסדר זה, ה־Copyright Board ייאשר כגוף־בוררות שאליו ניתן לפנות. כיום חל בקנדה נוסח חדש של החוק, אשר החליף ב־1989 את RSC 1970. המדובר ב־RSC 1985, C-42. נוסח זה שינה את מספור הסעיפים הקודם, וכיוון שמרבית הספרות עדיין מתייחסת למספור הישן נקפיד תמיד לצייגו ליד המספר החדש. נוסח זה לא שינה את המצב מבחינת הזכות המיכנית, אשר הושמטה, כאמור, וראה S.Plante, "The Compulsory Mechanical Reproduction License in Canada" *IPJ* (1987) 161.

nevo.co.il

בכמה מדינות קיים רשיון־כפייה הדומה בעיקרו להסדרים אשר הוצגו עד כה, בכפיפות לאי־אלה שינויים בפרטים הספציפיים של ההסדר. כך, למשל, המצב בגרמניה[81].

מדינה נוספת שאימצה הסדר כזה ואשר ראויה לבחינה היא יפן. לא בכדי הרחקנו לארץ זו: כיום היא נחשבת לאחת משלוש תעשיות־התקליטים הגדולות בעולם (האחרות הן ארצות־הברית ואנגליה), וחשוב לראות כיצד מתמודדים שם עם הסוגיה.

הזכות המיכנית מעוגנת בחוק היפני[82] והיא דומה להסדרים שכבר ראינו, למעט כמה הבדלים חשובים. ראשית, רק לאחר שלוש שנים(!) מהיום שבו החל בעל־הזכות להפיץ את היצירה בפומבי ניתן לקבל רשיון־כפייה; כלומר: החוק היפני מעניק לבעל־הזכות מונופול במשך שלוש השנים הראשונות. לא זו אף זו: גם לאחר חלוף שלוש השנים, רשיון־כפייה יאושר רק אם מי שחפץ לשחזר את היצירה לא הצליח להגיע להסדר עם בעל־הזכות. בכך שונה המצב לעומת הארצות האנגלו־סקסיות שבהן מותר לנהל משא־ומתן רצוני, מחוץ למסגרת של רשיון־הכפייה, אך אין חובה לכך וניתן לפנות ישירות להסדר הסטטוטורי. כלומר: המחוקק היפני מעודד את הצדדים לנסות ולהגיע להסכם רצוני, בצל האיום שאם ייכשלו יופעל הסדר־הכפייה. זו דוגמא להסדר של רשיון־כפייה במובן הצר, העומד על תנאי — ניהול משא־ומתן — כאשר אם ייכשל התנאי, יהפוך ההסדר לרשיון סטטוטורי.

עוד נציין, כי החוק היפני (שהוא חדש יחסית) כבר משקף גישה המושפעת רבות מן ההתפתחויות הטכנולוגיות המודרניות, והוא משופע בהסדרי־כפייה, שחלקם הוכנסו בתיקונים מאוחרים בהשפעת החוק האמריקני משנת 1976.

(ג) בעיית השיעתוקים

(1) רקע

אחת הבעיות החדשות בתחום של זכות־יוצרים, בכלל, ומוסיקה בפרט, היא בעיית השיעתוקים של יצירות מוסיקליות. כפי שכבר הבהרנו, זו הבעיה של העתקת יצירה

81 עקרונית החוק הגרמני מכיל כמה הסדרי רשיון־כפייה, וכך גם לגבי הזכות המיכנית המעוגנת בסעיף 61 לחוק. לסעיף קדם סעיף 22 לחוק של 1901 שנדון במשפט הפרה בגין הקלטה פרטית. בית־המשפט קבע, שבחוק של 1901 קיימת לקונה בעניין והחליט לפרשו לאור מטרותיו ולהעניק זכות פיצוי ליוצר; אך זכות זו היתה בלתי־אכיפה בהיקף רציני, מה גם שרשיון־הכפייה חל רק לגבי שחזור בדרך מסורתית ולא כלל תקליטים או מכשירים אחרים שבשימוש רווח. סעיף 61 קובע הסדר דומה למה שראינו עד כה, אלא שכאן אין תמלוגים סטטוטוריים והסכום פתוח למשא־ומתן בין הצדדים, ובהעדר הסכמה יועבר העניין להכרעת בית־המשפט. בפועל הסעיף כלל לא מופעל מכיוון שהסעיף קובע שרשיון־הכפייה לא יהיה תקף כיחס לאף זכות המנוהלת על־פי חוק על־ידי Collecting Society ואכן, הוקם איגוד בשם GEMA המאגד את כל המוסיקאים בגרמניה. בכך התרוקן הסעיף מכל תוכן. רשיון־הכפייה חל רק על שחזור לשימוש מסחרי או הצעשייתי; שחזור לשימוש פרטי פטור.

82 Nimmer (ibid, 73): T.Doi — Japan, ראה בנדון .Law No. 48 0f 1970, amen 1985, Sec. 69 75; T.Doi, *The Intellectual Property Law of Japan* (Netherlands, 1980) 236–237; S. Iigima, "Musical Copyrights in Japan" 23 *Bulletin of the Copyright Society of the USA* (1975–1976) .371, 399

באמצעים מיכניים — קרי: באמצעות מכשיר־הקלטה — ללא הסכמה או היתר. ברור שבעיית השיעתוקים היא חדשה־יחסית, וניתן לייחסה לטכנולוגיה חדישה. טכנולוגיה זו יצרה את האפשרות המעשית לשעתק יצירות מוקלטות ואפשרה להפיץ מכשירים שכאלה במחיר נמוך, כך שכיום כמעט שאין בית אשר בו לא מצוי מכשיר־הקלטה. התוצאה היא, שהציבור משיג לידיו עותקים של יצירות בחינם — תחת לרוכשן — והדבר גורם הפסדים אדירים ליוצרים. ההפרה קלה ועלותה נמוכה, בה־בשעה שקיים קושי עצום באיתור מפירים. הבעיה רק הולכת ומחריפה עם שיפור הטכנולוגיה, המביא לעלייה באיכות ההקלטות ולהוזלה במחירי מכשירי־ההקלטה. להלן נראה כיצד התמודדו עם הבעיה במדינות השונות.

נקדים ונאמר, כי יש מקום להבחין בין שתי סוגיות־משנה: האחת היא בעיית השיעתוקים ה"פירטיים" המשמשים לניצול מסחרי (לרבות בעיית ההקלטה ללא היתר של מופע חי — bootlegging); והשנייה היא בעיית השיעתוקים הביתיים המיועדים לשימוש פרטי[83]. עד לאחרונה, המאמץ — הן של המחוקק הן של היצרנים — התרכז במאבק בהפרה המסחרית, ולא היתה מודעות לבעיה הנובעת מן ההפרה הביתית, אשר בדרך־כלל כפופה לדוקטרינת השימוש ההוגן או שקיים לגביה פטור. לאחרונה החלו להבין שמצב זה אינו יכול להימשך, אך רוב המדינות טרם גיבשו פתרון לפגיעה הקשה ביוצרים כתוצאה מפעילות זו. להלן נבחן דווקא פן זה, של שיעתוק ביתי, ונראה כיצד ניסו להתמודד עמו. בנקודה זו יש מקום להבהיר כי שיעתוק ביתי אפשרי הן בקלטות־אודיו והן בקלטות־וידאו, אלא שהבעיה השנייה פחות חמורה בפן הלא־מסחרי וההתייחסות אליה משנית[84].

התופעה של שיעתוק ביתי מתאפיינת בקושי אובייקטיבי אדיר לאתר שיעתוקים, הואיל ורובם נעשים בתחום הפרט. גם אם מאתרים כבר הפרה, קיים קושי לא פחות גדול לאכוף את הזכות[85]. עובדה זו יוצרת דילמה למחוקק: מחד גיסא, אם זכות השיעתוק תוענק בלעדית ליוצר (כך היה בצרפת), הדבר יצמצם אולי את מספר השיעתוקים, אך לא ימנע אותם, ובשל העדר אמצעי־אכיפה יעילים יהיה האיסור בבחינת אות מתה בספר החוקים (כמו־כן קבלת היתר מן היוצר מעוררת בעיות מִנהליות רבות, והדרך היחידה לפעול היא באמצעות איגודי־יוצרים מול איגודי־צרכנים[86]). מאידך גיסא, אם יעניק המחוקק היתר שיעתוק רחב (כמו באנגליה או בגרמניה), אזי אמנם השיעתוק כבר אינו נחשב על־פי־רוב להפרה, אך היוצר נפגע יותר (בדיקה באנגליה ובגרמניה מצאה 85% הפרות בשימוש בקלטות ריקות, וזה המצב בכל המדינות המתועשות). כלומר: השאלה היא, אם עדיפה הגנת היוצר על חשבון רמת הציות לחוק.

(2) החוק הגרמני — אב־טיפוס של הסדר

ייחודו של החוק הגרמני הוא בתחום הבעייתי של שיעתוקים ביתיים, שבו רוב

83 G. Davies, *Piracy of Phonograms* (Oxford, 2nd ed., 1986) 4–5, 12–13.

84 Davies (לעיל, הערה 83), 34.

85 העלות של משפט הפרה היא כה גדולה, שאין זה משתלם לתבוע מפירים קטנים ולכן לא אוכפים את הזכות לגבי הקלטות ביתיות והפרות לשימוש לא־מסחרי.

86 A. Dietz, *Copyright Law in the European Community* (Netherlands, 1978) 116-117.

המדינות משלימות עם המצב. כאן החליטו לטפל בבעיה על־ידי שימוש במנגנון של היטל, שהוא סוג של רשיון־כפייה. ההסדר מעוגן בשני סעיפים[87], כשהאחד קובע רשימת שימושים המותרים ביחס להקלטות ללא צורך באישור בעל־הזכות (שימוש פרטי, לימוד ועוד); והשני מטיל חובת תשלום בגין כל אותם שימושים, אך לא רק על המשתמשים אלא בעיקר על היצרנים של ציוד ההקלטה. ההסדר מורכב ומבוסס על טיפול נפרד בקטיגוריות שונות של ציוד ומשתמשים. ההיטל חל על ציוד אודיו וויזואו, למעט ציוד מקצועי (למוסיקאים), ציוד שלא נועד באופיו להפרות (למשל: מכשיר־הקלטה קטן להכתבה) וציוד המיועד לייצוא או לשימוש מחוץ לגרמניה. נוסף על כך (בעקבות תיקון מאוחר), קיים היטל על קלטות ריקות. הגישה כאן היא, ששיעתוק ביתי מותר, אך לא בחינם: מישהו צריך לפצות בגינו. כיוון שאכיפה דרך הציבור אינה אפשרית, היא נעשית דרך היצרן, שממילא מגלגל בדרך־כלל את ההיטל על הציבור. כך מתחלק הנטל באופן צודק, והיוצרים אינם יוצאים ריקם. לסיום נבהיר, כי הקלטה פירטית נותרה בגדר הפרה.

מעניין לבחון בקצרה את התפתחות ההסדר: כאשר עמלו בגרמניה על הכנת החוק של 1965, התנהל ויכוח אם לקבוע פטור לשיעתוקים פרטיים או לעגן חובת פיצוי. ועדה שדנה בסוגיה המליצה בפני המחוקק להטיל היטל ציוד, בהנחה שממילא היצרנים יגלגלו את ההיטל על הקונים וכך הוא ייגבה ממי שצריך לשלמו. הבעיה היתה, שב־1965 ציוד הקלטה היה נדיר ויקר. עם השנים התפתחה הטכנולוגיה, ומכשירים אלה הוזלו והפכו לציוד נפוץ. התוצאה היתה, שהיקף ההפרות היה אדיר, והכסף שנגבה מהיטל הציוד היה ללא יחס לנזק. החל לחץ לתיקון החוק על־ידי הוספת היטל על קלטות ריקות[88]; אך היו טענות רבות נגד פתרון זה: בין היתר נטען, שהוא יפגע במכירות של קלטות מקומיות; שהוא פוגע גם באלה שאינם עושים שימוש מפר בקלטות; שיש בעיה איך להקצות את הסכומים שיתקבלו ליוצרים; שניתן לעקוף את ההיטל על־ידי מכירת קלטות מלאות הניתנות למחיקה. היוצרים מצדם דרשו היטל גבוה, בטענה שניתן לעשות בכל קלטת שימוש רב־פעמי. בסופו של דבר תוקן החוק ב־1982 וכך הוסיפו היטל על קלטות אודיו וויזואו ריקות.

נציין, כי בנושא של היטל על קלטות ריקות היתה גרמניה בין החלוצות בעולם, והניסיון שנצבר שם עד כה מלמד כי ההסדר פועל היטב. כמו־כן הוכח, שההחלטה להטיל היטל היתה נכונה, שכן בפועל רוב הקלטות הריקות אכן משמשות להפרה[89].

87 ראה The Act Dealing with Copyright & Related Rights 1965, amen. 1985, Sec. 53-54. בנדון Dietz (לעיל, הערה 86), 86-89; E.A. Seemann, "Sound and Video Recording And The Copyright Law — the German Approach" 2 *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1983) 225; Nimmer (ibid, 73): A. Dietz – Germany, 57, 115; J. Weimann, "Private Home Taping under Sec. 53(5) of the German Copyright Act of 1965" 30 *Journal of The Copyright Society of the USA* (1982–1983) 153.

88 תיקון זה נעשה על בסיס תיקון דומה מ־1980 בחוק האוסטרי, שהיה הראשון להטיל היטל על קלטות ריקות.

89 M. Moller, "Copyright and New Technologies — the German Federal Republic's Solution" *EIPR* (1988) 42, 42–43; News, *IIC* (1989) 937–938.10.

(3) מדינות אחרות בקונטיננט

גם בצרפת, אשר במשך עשרות שנים היתה אחד ממעוזי האסכולה הרואה בזכות־היוצרים זכות טבעית שאין לפגוע בה ללא הצדקה, הבינו שישנן הפרות שעמן אי־אפשר להתמודד, ומוטב לפחות שהיוצר יפוצה בגינן. בחוק מיוחד מ־1985[90] אימצו הצרפתים את הרעיון הגרמני והוטל היטל על ייצור או ייבוא של ציוד אודיו וידאו. ההיטל חל על היצרן או היבואן.

בשבדיה אין פתרון בחוק זכות־היוצרים, אך נחקק חוק מיוחד המטיל מס על קלטות וריקות, אשר בחלקו מיועד לפיצוי היוצרים. זהו פתרון חלש, ונמתחה עליו ביקורת[91].

(4) ישראל, ארצות־הברית, אנגליה ומדינות אחרות

למעשה, באף אחת מן המדינות הללו אין עדיין פתרון של ממש לבעיה. בישראל אין כל הסדר סטטוטורי לגבי בעיית השיעתוקים הביתיים, ואלה מהווים הפרה של החוק ככל שאינם נכללים בגדר שימוש הוגן[92], אולם המאמצים בשלב זה מופנים למאבק במפרים הגדולים, בסדר גודל מסחרי. מובן שהיוצרים הם הנפגעים מכך שאין טיפול בבעיית השיעתוק הביתי, ונגרמים להם נזקים רבים.

בארצות־הברית הדעה הרווחת בבתי־המשפט היא, כי החוק של 1976 קובע במשתמע פטור להקלטות ביתיות[93]. הושמעו קריאות לאמץ הסדר של היטל על ציוד הקלטה ו/או על קלטות ריקות, כמו בגרמניה, ואכן יש הצעת חוק לתיקון החוק הקיים[94], אם כי רק לגבי קלטות־אודיו. אשר לקלטות־וידאו המצב שונה והוחלט, כי לגביהן אין מקום להיטל, שכן היקף ההפרות על־ידי אנשים פרטיים הוא קטן. נכון לדצמבר 1991 טרם תוקן החוק, ותעשיית המוסיקה — ועמה איגודי־היוצרים — ניצבים חסרי־אונים נוכח היקף התופעה של שיעתוקים ביתיים ופירטיים, הגורמים נזק שנתי של מיליארדי דולרים.

90 Law on Authors Rights & on The Rights of Performers Producers of Phonograms & Videograms & Audiovisual Communication Enterprises, Law No. 85–660, 1985, Sec. 31–37. ראה בנדון Nimmer (ibid, 73): R.Plaisant – France, 91; A. Francon, "The New French Copyright Law" 20 *Copyright Bulletin* (1986) 17,20; A. Krever, "Audiovisual Works under the French Law of July 3 1985" 23 *Copyright* (1987) 243, 245.

91 Law No. 729 of 1960 on Copyright in Literary & Artistic Works, amen. 1987. ראה Nimmer (ibid, 73): J. Karnell — Sweden, 39; R. Peer II, "The Mechanical Right — A Pragmatic Perspective" 31 *Journal of The Copyright Society of the USA* (1983–1984) 409, 416; H. Olsson, "A Letter From Sweden" 19 *Copyright* (1983) 22, 29.

92 כך, למשל, נקבע, כי שעתוק סרטי וידאו לשימוש ביתי זו עבירה על החוק: ת״פ 916/80 מדינת ישראל נ׳ וידאוקסט ואח׳, פ״מ חשמ״ג (ב) 45, 62.

93 ראה סעיף 107 לחוק; וכן *Universal City Studios* v. *Sony* 104 S Ct. 774 (1984).

94 בשלב הראשון דובר על היטל הן על ציוד הקלטה הן על קלטות: *Journal of The Copyright Society of the USA* (1985–1986) 391, אולם לאחר־מכן הוחלט להטיל היטל רק על ציוד הקלטה. ראה "The Home Recording Bill — A. Deutsch, "Politics and Poker-Music Faces the Odds" 34 *Journal of The Copyright Society of the USA* (1986–1987) 38, 50–51; R.Oman, "The 1976 Copyright Revision Revisited" 34 *Journal of The Copyright Society of the USA* (1986–1987) 29, 33; Peer II (לעיל, הערה 91), 415.

החוק החדש שנחקק באנגליה ב־1988 אוסר על הקלטות ביתיות, בכפיפות לפטורים ספציפיים דוגמת שימוש הוגן[95]. נשמעו קריאות רבות להטיל היטל ציוד נוסח גרמניה, אך לאחר דיונים ומאבקים ממושכים נדחתה ההצעה[96]. התוצאה היא, שבחוק החדש אין כל פתרון לבעיית השיעתוקים הביתיים, וזאת דווקא בעידן שבו המגמה המסתמנת בעולם היא להתמודד עם הבעיה בכללותה. גם לגבי הקלטות־וידאו נדחו המלצות להיטל בטענות דומות לאלו שנשמעו בארצות־הברית. כפיצוי על דחייה זו הוחלט להגביר את האמצעים הסטטוטוריים למאבק בפִּרים[97], וכן לאסור על השכרת הקלטות־קול, אך בכך נדון בפרק העוסק בכך.

נזכיר עוד את אוסטרליה, שבה תוקן החוק ב־1989 ואומצה הצעה להטיל היטל על קלטות־אודיו ריקות יחד עם מתן פטורים ספציפיים (בעיקר למטרות לימודים) ובמקביל להתיר הקלטות ביתיות[98]. ההסדר האוסטרלי מורכב ומשוכלל, ומעניין שיש בו הוראה מיוחדת שלפיה ניתן לפנות ולבקש החזר של דמי־ההיטל אם הקלטת שנרכשה לא שימשה בפועל לשיעתוק יצירה מוגנת.

גם בקנדה הועלתה הדרישה לבחון הטלת היטל על קלטות־אודיו.

אשר ליפן, כאן קיים בחוק פטור מפורש ביחס להקלטות ביתיות[99], וזאת אולי, משום שיפן משופעת ביצרני ציוד אלקטרוני שכוחם רב מזה של היוצרים, אך גם שם הועלתה דרישה לבחון הטלת היטל על קלטות־אודיו ריקות[100].

(ד) אמנות בינלאומיות

במהלך פרק המבוא הצגנו את האמנות המרכזיות באופן כללי, ועתה נבחן הוראות ספציפיות שלהן ביחס לזכות המיכנית ולבעיית השיעתוקים. נעיר מיד, כי לפי סקר שנערך בשנת 1977, אין כל צורך בשינויים באמנות הקיימות כדי להתגבר על בעיות בתחום ההגנה על יצירות אודיו־ויזואליות, והקשיים נובעים כולם מן החקיקה הפנימית הלקויה במדינות השונות[101]. מיד נראה, כי דברים אלה אמנם משקפים את המצב באופן עקרוני, אך אינם מדויקים לחלוטין.

נפתח באמנת ברן, אשר מילאה, כאמור, תפקיד בהכנסת הזכות המיכנית לחוקים של ארצות־הברית ואנגליה. האמנה מעניקה ליוצרים זכות בלעדית להקליט יצירות

95 אלו סעיפים 29(1) ו־70 לגבי הקלטות־וידאו. בהצעת החוק נקבע פטור בעניין בסעיף 63, אך הוא הושמט מהנוסח הסופי של החוק. ראה Joynson-Hicks (לעיל, הערה 5), 348-350; W.R. Cornish, *Intellectual Property* (Sweet & Maxwell, 2nd ed., London, 1989) 194–195.

96 בדו"ח ויטפורד [(לעיל, הערה 70), 77-78] היתה המלצה להטיל היטל על ציוד־הקלטה (לא על קלטות), אולם בדו"ח מאוחר יותר (ה־Green Paper) דחו את ההמלצה בהנמקה שהיטל יביא לעליית מחירים; שממילא רוב הכסף ילך ליוצרים זרים, וכן שישנם קשיי גבייה וחישוב הקצאת התמלוגים ליוצרים [(לעיל, הערה 70), 12-16)]. בוועדה האחרונה הוחלט דווקא להטיל היטל על קלטות ריקות, אך הממשלה חזרה בה מכוונתה עקב לחץ פוליטי וציבורי: D. de Freitas, "The Copyright Designs & Patents Bill" 10 *EIPR* (1988) 143, 143–144.

97 ראה, למשל, סעיפים 269 ו־296.

98 Part Vc, סעיפים 135zj-135zzt. ראה Lahore (לעיל, הערה 79), עדכון 1988, עמ' 8583-8589.

99 סעיף 30 לחוק.

100 *Copyright* (1989) 273.

101 "Working Group on The Legal Problems Arising from the Use of Video Cassettes & Audiovisual Discs" 11 *Copyright Bulletin* (1977) 5, 12.

מוסיקליות של עצמם ולשחזרן, אך מאפשרת להגביל זכות זו בחקיקה פנימית בכפיפות להבטחת זכות היוצר לפיצוי הוגן[102]. כפי שראינו, מדי שנים מספר מתכנסת ועידה של המדינות המתקשרות כדי לדון בשינויים באמנה. אותנו מעניינת ועידת שטוקהולם מ־1967, שתיקנה את הסעיף בדבר הזכות המיכנית בצורה המרחיבה אותה מאוד, תוך כדי מתן הקלות למדינות מתפתחות. בדיעבד, רק מדינות מתקשרות ספורות הסכימו לאשרר נוסח זה. אי לכך, בוועידת פריז מ־1971 (שבה גובש הנוסח האחרון עד כה) שינו כליל את הסעיף, והזכות המיכנית הפכה לאופציונלית (כפי רצונה של כל מדינה).

אשר לבעיית השיעתוקים, עמדנו על כך שהאמנה אוסרת עליהם. ברם, קיים סייג המאפשר בנסיבות מיוחדות להעניק זכות שיעתוק לאחרים[103]. הסייג נחשב כפתח להסדרי־כפייה — לרבות היטלים — אבל זהו פירוש דחוק ללשון האמנה, והדעה המקובלת יותר היא שהיטלים אינם מתישבים עם רוח האמנה או עם לשונה, כך שיש להכניס בה תיקון[104].

באמנת UCC אין התייחסות מפורשת לזכות המיכנית או לבעיית השיעתוקים, ונראה שרשיונות־כפייה אלה מתיישבים עם הוראותיה.

זה המקום להזכיר אמנה נוספת, ה־Phonograms Convention[105]. מדובר באמנה נקודתית, שנועדה לתת מענה לבעיה הספציפית של שיעתוקים פירטיים. הולדתה בשנות השבעים, עת פותחה טכנולוגיה שאפשרה להעתיק יצירות מהר ובזול. המדינות המרכזיות בתחום היצירה המוסיקלית החליטו להילחם בתופעה, שכן האמנות המרכזיות מטפלות רק בשחזורה של היצירה (המוסדר על־ידי הזכות המיכנית) ולא בשיעתוק שלה. אמנם מספר המדינות המתקשרות באמנה אינו רב, אך מדובר במדינות מן השורה הראשונה[106]. האמנה קובעת מפורשות, שרשיונות־כפייה אסורים, מלבד אם מתקיימים שלושה תנאים מצטברים: (א) ההעתקה מיועדת למטרות לימוד או מחקר מדעי; (ב) הרשיון חל בגבולות אותה מדינה ולא ישמש לייצוא; ו־(ג) יינתן ליוצר פיצוי הוגן. בניגוד לאמנות אחרות בתחום של זכות־יוצרים, לא ניתן לאשרר אמנה זו באופן חלקי[107].

102 סעיפים 9 ו־13, כאשר סעיף 13 הוא תוספת של ועידת ברלין 1908. ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 369-378, 513-522.

103 סעיף 9(2) לאמנה.

104 ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 479-489, 911-913; W. Dillenz, "The Remuneration for Home Taping and the Principle of National Treatment" *Copyright* (1990) 186, 193-201.

105 Convention for The Protection of Producers of Phonograms against Unauthorized Duplication of their Phonograms 1971 (The Phonograms Convention). אזכור: לעיל, הערה 24. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 238-249; Nordemann (לעיל, הערה 24), 435-462; *Guide to the Rome Convention & to the Phonograms Convention*, WIPO 1981.

106 נכון לדצמבר 1991 אישררו את האמנה 43 מדינות לרבות כל המדינות הנזכרות לעיל, בהערה 1, למעט קנדה.

107 ראה סעיף 6 לאמנה. לעניין אשרור ראה סעיף 10. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 247-248; Nordemann (לעיל, הערה 24), 453-454.

(ה) סיכום והערכה

כפי שראינו בסקירה דלעיל, כמעט כל המדינות שנבדקו על־ידנו מכירות בצורך ברשיון־כפייה כלשהו באשר לתקליטים. חלקן שמות את הדגש על הסדרת השוק לטובת הציבור, ואז הפתרון השגור הוא רשיון־כפייה במובן הצר או רשיון סטטוטורי (הזכות המיכנית). במדינות אחרות הבעיה שהטרידה היתה דווקא הפגיעה ביוצר, ולכן ננקט פתרון של רשיון־כפייה מסוג היטל על ציוד וקלטות ריקות. אולם יש לציין, שמדינות בשתי הקטיגוריות דלעיל הן בגדר מיעוט. במדינות רבות בעולם אין כל הסדר־כפייה בתחום המוסיקה ושיעתוקים נעשים בהיתר של המחוקק או ללא הגבלה בפועל ותמיד בהיקף עצום[108].

ראוי לשוב ולהדגיש, ששני סוגי הפתרונות דלעיל אינם בגדר הסדרים חלופיים, אלא משלימים זה את זה. הזכות המיכנית מטפלת ב־*materia* של שחזור יצירה לצרכים מסחריים, ואילו ההיטל עניינו שיעתוקה לצורכי שימוש פרטי (כזכור, שעתוק מסחרי נותר בגדר הפרה). אמנם, ניתן לסבור כי פועלם של שני ההסדרים זהה — בשני המקרים ניטלת מן היוצר הזכות לשלוט באופן בלעדי בהפצה של יצירתו, ובתמורה מבטיחים לו שיפוי. ברם, יש מקום להבחין הבחן היטב בין שני ההסדרים. נפתח בבעיית השיעתוקים.

למעשה, התמלוגים אשר אינם מגיעים ליוצר משיעתוק פרטי של יצירות מוסיקליות הם בבחינת כספים אבודים, שממילא ברובם לא היו מגיעים אליו. כאשר המחוקק מתיר שיעתוק ביתי הוא רק מכיר במציאות — בכך שהוא הופך פעולה, אשר אחרת היתה מהווה הפרה, לחוקית — ולפחות הוא מוצא דרך להבטיח את שיפוי היוצר באמצעות ההיטל. במלים אחרות: הכסף שניגבה מן ההיטל ומחולק אחר־כך ליוצרים אינו אלא הטבה עִמם. כפי שכבר צוין, ממילא ההיטל מגולגל על־פי־רוב על הצרכנים, שהם המפירים — החייבים בתשלום דמי־תמלוגים ליוצרים — ולכן ההיטל בדרך־כלל גם משיג תוצאה צודקת. כלומר: בתחום של שיעתוק אין מנוס — לדעתנו — מהתערבות לטובת היוצר, והפתרון של היטל הוא פתרון מצויין, שאינו פוגע באופן קשה באיש. אכן, זו נחשבת כיום לדרך מועדפת לטיפול בבעיה, ומדינות שונות — בהן יפן וארצות־הברית — שוקלות את אימוצה. הבעיה הפרקטית היחידה היא לקבוע כיצד יוקצו התמלוגים ליוצרים, אך זו לא צריכה להוות מכשלה[109].

פתרון טכני חלופי שנשקל הוא הכנסת הגבלה טכנולוגית בציוד ההקלטה, אבל זהו פתרון יקר ובעייתי אשר לא אומץ באף מדינה שנבדקה[110]. לבסוף יש מקום להזכיר כי קיימת אינטראקציה רבה בין הסוגיה דנן לבין זכות ההשאלה/השכרה של יצירות. בשל כך, היו שסברו כי הענקת זכות שכזו לציבור תפתור את הבעיה

108 לעניין היקף השימוש בהיטל ראה Dillenz (לעיל, הערה 104), 187-192.

109 ראה דיון בפרק־משנה 9.

110 מעניין שבנייר־עבודה (Green Paper) של ה־European Commission בעניין זכויות־יוצרים דווקא המליצו שלא להשלים עם השיעתוקים ולהסתפק בהיטל כלל־אירופאי על קלטות ריקות, אלא להילחם בתופעה הן באמצעות הגבלות טכניות הן על־ידי עיגון זכות השכרה ליצירות אודיו־ויזואליות. ראה Cornish; "News Section — European Institutions" 10 *EIPR* (1988) D-167 Case Comment, 277 (לעיל, הערה 95), 349.

באשר היא תגביר מאוד את הנגישות ליצירות בזול, ותקטין את הרצון והצורך לשעתקן, אולם לדעתנו, אין זו גישה נכונה. הנקודה כולה תידון בהרחבה במסגרת פרק־משנה 7, להלן.

שונה המצב לגבי הזכות המיכנית: כאן אין מדובר בקשיי פיקוח או אכיפה, אלא קיימים שני שיקולים מאחורי ההסדר: מחד גיסא, רשיון־הכפייה נועד למנוע מונופוליזציה בשוק המוסיקה — על־ידי היוצר או בעל־הזכות ביצירה (בדרך־כלל חברת־תקליטים) — ופגיעה בנגישות הציבור ליצירה שפורסמה על־גבי תקליט מחמת היצע מצומצם. מאידך גיסא, רשיון־הכפייה נועד להבטיח שיוצר יקבל תגמול הולם. המצדדים בהסדר סבורים, כי הזכות המיכנית חשובה גם מבחינה כלכלית לשמירה על האינטרסים של חברות־התקליטים, שאלמלא קיומה יפשטו את הרגל; ומכל־מקום זהו — לדעתם — המכשיר היעיל ביותר בהתפתחות תעשיית המוסיקה[111].

מנגד, מלומדים רבים תוקפים הן את ההסדר של רשיון־כפייה, בכלל, הן את יישומו בתחום המוסיקה, בפרט[112]. מלומדים אלה יודעים להצביע על כך, שבכל המדינות שבהן הוא נהוג ממעטים לעשות בו שימוש, והצדדים פועלים על־פי הסכמים רצוניים. אולם התומכים בהסדר מתריסים כנגדם, כי הסיבה היחידה לכך שמושגים הסכמים רצוניים היא שאיום הפעלת רשיון־הכפייה מרחף מעל שולחן המשא־ומתן. טענת־נגד נוספת היא, שהחמלוגים הסטטוטוריים נמוכים בהרבה ממחיר השוק האמיתי ומונעים משא־ומתן אמיתי בין הצדדים (שכן ברור, כי במשא־ומתן לא יושג לעולם מחיר הגבוה מזה הנקוב בחוק). כתוצאה מכך נפגעים היוצרים, שאינם יכולים ליהנות מכוחות־השוק ולקבל מחיר ראלי. כמו־כן בהסכמים רצוניים ישנן בדרך־כלל תניות שונות, למשל: שהיוצר יקבל פיצוי רק לאחר שיימכר מספר מינימלי של תקליטים או רק לאחר שהיצרן יכסה באמצעות התמלוגים את הוצאות הייצור. עוד נטען, שהזכות המיכנית מונעת מן היוצר יכולת לשלוט על איכות אמנותית או טכנית של הביצועים השונים. לבסוף נטען, כי זו זכות אנכרוניסטית אשר אינה מביאה בחשבון את השינויים הטכנולוגיים שחלו בענף המוסיקה. אשר לטענות דלעיל של המצדדים בהסדר משיבים המלומדים המתנגדים לו, כי כיום אין חשש למונופוליזציה בענף המוסיקה עקב ריבוי חברות תקליטים וריבוי יוצרים. נוסף על כך, הזכות המיכנית אינה חלה על סוגים מסוימים של יצירות מוסיקליות, דוגמת יצירות דרמטיות או פס־קול של סרט, והא ראיה שלגביהן לא נוצרה כל בעיה. מכל־מקום, לדעתם, קיימים כיום דיני־תחרות מפותחים שיגנו על הציבור; ולגבי חברות־התקליטים אין חשש שהן יפשטו את הרגל, שכן אף ללא הסדר־כפייה ימשיכו היוצרים לחתום עִמן על חוזים כאשר קיים אינטרס כלכלי משותף. אולי ההוכחה המוחשית ביותר לכשלון ההסדר הקיים היא העובדה, שיוצרים רבים החלו להקליט לבדם או באמצעות חברות המשלמות את התמלוגים הסטטוטוריים[113].

111 Rosenlund (לעיל, הערה 69), 687.

112 Bach (לעיל, הערה 57), 396-398; Rosenlund (לעיל, הערה 69), 701; Plante (לעיל, הערה 80), 166-175.

113 Rosenlund (לעיל, הערה 69), 688-692.

על השאלה מי מן הצדדים צודק קשה לענות באופן נחרץ, אם כי נראות לנו יותר טענות המתנגדים להסדר. אולם כדאי לזכור, שביטול רשיון־הכפייה משמעותו הותרת התחום לשליטת כוחות־השוק — פתרון אשר טרם עמד במבחן במדינות שהן מרכז תעשיית התקליטים. ללא ספק, החשש להיווצרות מונופול הוא ממשי ביותר. בעתיד יהיה ניתן ללמוד מן הניסיון האנגלי ולגבש מסקנה יותר נחרצת.

אשר להסדר העדיף, אם בוחרים בדרך של רשיון־כפייה, נראה לנו שזהו רשיון־כפייה במובן הצר, ללא קביעת סכום תמלוגים בחוק. כך הצדדים מופנים לנהל משא־ומתן עצמאי, שאינו מושפע מסכום כלשהו. אם ייכשל המשא־ומתן, יעבור העניין להכרעת גוף מיוחד.

2. רשיון־כפייה לגבי שידורים חינוכיים/שלא למטרת רווח

(א) כללי

פרק־משנה זה והבא אחריו עוסקים יחדיו בתחום של זכות ההצגה של יצירות. זכות זו חולשת על מְגוון פעולות, החל מביצוע פומבי וכלה בשידור פומבי. החלוקה בין פרקי־המשנה נעשתה כך, שעתה נבחן את תחומי הביצוע והשי־דורים החינוכיים/שלא למטרות רווח; ואילו פרק־המשנה הבא בוחן את נושא שידורי־הכבלים, שמחמת מורכבותו יידון באורח עצמאי.

זכות ההצגה היא בדרך־כלל חלק מ״חבילת הזכויות״ של היוצר. מבחינה עיונית, זכות זו שונה מזכות השחזור בכך ששַחזור קשור בהגבלה על העתקת היצירה (על־ידי ביצוע עצמאי או על דרך שיעתוק); ואילו ביחס לזכות ההצגה נקודת־המוצא היא שלאדם יש בעלות בעותק של היצירה (או נגישות חופשית אליה) אלא שמגבילים את שימושו בעותק שלו. אין חידוש בעצם ההגבלה, שכן (כפי שכבר צוין) כל רכישת בעלות ביצירה כפופה ל״חבילת הזכויות״ של היוצר — חבילה הנותרת בידיו וחלה לגבי היצירה הערטילאית גם לאחר המכר של עותק מוחשי ממנה.

כשמדברים על ״הצגה״, נהוג לערוך מיון פנימי בין ״ביצוע״ לבין ״שידור״ של יצירה. ביצוע פומבי יכול ללבוש מגוון פנים, דוגמת מופע, הקראת יצירה בפני קהל, השמעת תקליט או תוכנית רדיו או תוכנית טלביזיה בפומבי, עם ציוד סטנדרטי או עם ציוד מיוחד, בין אם זה בחנות, במפעל או בחדרים בבית־מלון. מאידך גיסא, הצגה פומבית יכולה להעשות גם על דרך שידור יצירה מוגנת בטלביזיה או ברדיו, וזהו פן נפרד. בנקודה זו ראוי להבהיר, כי לצורך המיון דלעיל אנו נסמכים על ההגדרות של חוק זכות מבצעים, תשמ״ד-1984; שכן לא בכל מדינה נהוג מיון זהה בין שידור לבין לביצוע[114].

114 בחוק ״ביצוע״ מוגדר באופן טאוטולוגי כ״ביצוע״, אך מהמשך ההגדרה המדבר על ״על־ידי מבצע״ ברור כי הכוונה להצגת היצירה שלא באמצעים מיכניים־אלקטרוניים. ״שידור״ זה העברה או הפצה של יצירות לציבור, קרי: הצגת יצירה באמצעים מיכניים. מיון זה חשוב, שכן במדינות רבות העברה של שידור באמצעות כבלים אינו בגדר ״שידור״ אלא בגדר ״ביצוע״, וגם חוק הבזק הישראלי מבחין בין ״שידור״ לבין ״העברה״. אך מטעמי נוחות ובהירות העדפנו להיצמד למיון של חוק זכויות מבצעים. העניין יידון גם בפרק־המשנה של שידורי כבלים בהיבט שלו.

המאפיין את כל אותן פעולות שמנינו לעיל הוא, שעל־פי־רוב הן אינן משמשות למטרה מסחרית. כך, למשל, שידור יכול להיות תוצר־לוואי של שירות, שממנו נהנה לקוח ואשר בעבורו נגבה תשלום, אך אין תשלום ישיר עבור השידור. כמו־כן, בדוגמאות דלעיל ההפצה של יצירה מוגנת נעשית לקהל רחב אך מסוים (כלומר: לא בלתי־מוגבל). ואולם בכל המקרים הללו ברור, שבעל־הזכות נפגע מחמת שלילת הבלעדיות שלו בשליטה על הצגת היצירה — ומה שיותר חשוב, מאובדן הכנסה — שכן יותר אנשים נחשפים ליצירה ופוחת הצורך לרכוש אותה או לשלם עבור הזכות להיחשף לה.

ברם, אין זה הפן היחידי של הבעיה, שאם לא כן ברור שהיה איסור על שימושים אלה ללא היתר מבעל־הזכות וברשיון ממנו. הפן השני הוא זכות הציבור לנגישות ליצירות. המאפיין את מרבית השימושים שהוזכרו הוא, שהם אינם למטרת רווח אלא נועדו לרווחת הציבור. קשה לחשוב על הוראה שלפיה המפעיל את מקלט־הרדיו בקול רם, כך שהשידור נשמע על־ידי עשרות אנשים, יזדקק לרשיון לכך או יצטרך לשלם על כך תמלוגים. השאלה היא, אם התוצאה צריכה להשתנות במקום שהדבר נעשה באמצעות ציוד־הגברה מיוחד או על דרך שידור. ברי, כי ישנם בנדון שיקולים מנוגדים המושפעים גם מנסיבות השימוש ומטרתו. כך, למשל, ברוב המדינות קיים פטור לגבי שימוש למטרות לימודים. ואכן, עיקרו של תחום הביצוע או השידור שלא למטרת רווח מוסדר על־ידי רוקטרינת השימוש ההוגן שנדונה לעיל, ולא בה עסקינן כאן[115]. להלן נתמקד רק באותם מקרים שבהם המחוקק של מדינה מצא את האיזון בין שני האינטרסים המתנגשים בדמותו של רשיון־כפייה. מעניין לציין, שמרבית ההסדרים מתרכזים בפן של שידור פומבי, ומיעוטם מתייחסים לביצוע פומבי.

זכות ההצגה כרוכה בכמה הסדרי־כפייה. לא נדון כאן במִגוון הבעיות המתעוררות בסוגיה זו, אלא נתמקד בעיקרו של דבר על שאלה מרכזית אחת, לאמור: שידורים חינוכיים/שלא למטרת רווח. אגב אורחא נעלה גם את שאלת זכויותיהם של מבצעים, אשר עולה בסוגיה דנן, אך זאת רק בהקשר של רשיונות־כפייה.

(ב) ההסדרים הנוהגים בעולם

(1) החוק האמריקני — אב־טיפוס של הסדר

עקרונית, החוק האמריקני מבחין בין ביצוע פומבי לבין שידור פומבי שלא למטרת רווח. בשני המקרים החוק מעניק בלעדיות לבעל־הזכות — בכפיפות לשורת

115 יישום שימוש הוגן בתחום הנדון קשה מאוד, שכן זהו תחום בעייתי עם שטח אפור נרחב. בארצות־הברית, שם אין בחוק מ־1976 הגדרה ל"שימוש הוגן" (יש רק דוגמאות מה נחשב שימוש הוגן), הגיעו מקרים רבים לבית־המשפט וכמה פסקי־דין הרחיבו מאוד את תחום השימוש ההוגן. אחד ממוקדי הסכסוכים היה סביב השמעת מוסיקה מוגנת (מחקליטים או מהרדיו) במערכות הגברה בחנויות, בין באמצעות ציוד רגיל ובין עם ציוד מיוחד. ראה עיקר ההתפתחות בפסיקה לפי סדר כרונולוגי: *Buck* v. *Jewell-LaSalle Realty Co.* 283 U.S. 191, 198–199 (1931); *Fortnightly Corp.* v. *United Artists Television* 392 U.S. 390 (1967); *Teleprompter Corp.* v. *CBS* 415 U.S. 394, (1974); *20th Century Music Corp.* v. *Aiken* 422 U.S. 151, 161–163 (1975).

פטורים, לרבות עקרון השימוש ההוגן[116] — וניתן לומר, שכל שידור או ביצוע פומבי שאינם לשימוש מסחרי ואין בהם כוונת רווח, אינם בגדר הפרה של זכות כלשהי, למעט אם קיים רשיון־כפייה בנדון. ואכן, ארבעה מחמשת רשיונות־הכפייה הקיימים בחוק האמריקני נמצאים בתחום זה, כאשר אנחנו נתמקד ברשיון־כפייה ביחס לשידור פומבי, בתחום שבו המחוקק חפץ להבטיח את נגישות הציבור ולמנוע פגיעה בו: שידורים חינוכיים של גופים הפועלים שלא למטרת רווח (שאם לא כן, לפנינו שידור מסחרי)[117].

עיקרו של ההסדר הוא, כי כל החפץ לשדר שידורים חינוכיים שלא למטרת רווח, רשאי לעשות כן בכפיפות לתשלום תמלוגים לבעל־הזכות ביצירה המשודרת. אין אפשרות למנוע או להגביל שידור העומד בדרישות המחוקק. ההסדר הוא מסוג רשיון־כפייה במובן הצר, אך הוא שונה מיתר רשיונות־הכפייה בחוק האמריקני בכך שהוא מעודד את הצדדים להגיע להסכם רצוני. רק אם ייכשלו בכך, יעבור העניין להכרעת ה־Copyright Royalty Tribunal, אשר יעניק רשיון בכפיפות לתשלום תמלוגים בשיעור שייקבע על־ידיו[118]. ייחודו הגדול של הסעיף — להבדיל מכל רשיונות־הכפייה האחרים בחוק האמריקני — הוא, שאינו כולל תעריף סטטוטורי: לא בבחינת תעריף מחייב (קרי: רשיון סטטוטורי) ולא בבחינת תשתית שעל בסיסה מנהלים הצדדים משא־ומתן רצוני. כלומר: כשלב הראשון מתנהל משא־ומתן פתוח, כאשר הכפייה מתבטאת רק באיסור לסרב לנהל משא־ומתן.

ההסדר חל לגבי היצירות המוגדרות בחוק בלבד, בתנאי שכבר פורסמו: יצירות מוסיקליות לא־דרמטיות, תמונות, פסלים ויצירות גרפיות. אין הוא חל על מחזות, אופרות, בלט, מופעי־במה, יצירות ספרותיות, סרטים ויצירות אודיו־ויזואליות אחרות[119]. כמו־כן ההסדר חל רק על תחנות ציבוריות של שידורים חינוכיים[120]. הרשיון מתיר לעשות שימוש ביצירה מוגנת שבגדר האמור לעיל, במסגרת שידורים לימודיים לכיתות־לימוד, וזאת בין על־ידי שידור ישיר ובין על דרך הקלטה זמנית של היצירה (ephemeral recording) לצורך שידורה במועד דחוי. הקלטה שכזו יש

116 ראה סעיפים 106, 110 ו־111(a) וכן *Chappell* v. *Middletown Farmers Market* 334 F 2d 303, 305 (1964).

117 ראה סעיף 118. אשר לביצוע פומבי, קיים בתחום רשיון־כפייה אחד המתייחס למכונות־המוסיקה (Jukebox), ומעוגן בסעיף 116. עם הצטרפותה של ארצות־הברית לאמנת ברן היא נאלצה להתאים את חוקה הפנימי לתנאי האמנה ובכלל זה לשנות את הסדר־הכפייה הנדון. השינוי נעשה על־ידי הוספת סעיף 116A אשר קובע הסדר של ניהול משא־ומתן ולתסרי תוך שילוב עם בוררות בשעת הצורך. אולם רשיון־הכפייה הישן נותר כתוב בספר החוקים לשעת הצורך כרשיון "פסיכי" אשר אם ייכשלו המשא־ומתן והבוררות האמורים, הוא יופעל. עקב שוליות ההסדר לא נדון בו. לחומר בנדון ראה Lahore (לעיל, הערה 79), 373-374; R. Oman, "The Compulsory License Redux — will it Survive in a Changing Marketplace" 5 *Cardozo Arts & Entertainment L.J.* (1986) 37, 49 (לעיל, *U.S.C.A.*; Latman (לעיל, הערה 57), 206-210; House Report (לעיל, הערה 57), 446-447; הערה 68), 79-83.

118 *U.S.C.A.* (לעיל, הערה 57), 214-218; Latman (לעיל, הערה 57), 448-449. Nimmer (לעיל, הערה 5), שם; House Report (לעיל, הערה 68), 84-88. B. Ringer, "The Unfinished Business Of Copyright Revision" 24 *UCLA L.R.* (1976–1977) 951, 968–971.

119 ההצעה המקורית קבעה לסעיף היקף רחב יותר, אולם כשל ההתנגדות העזה לרשיון־כפייה גורף הוחלט לצמצם את היקפו. ראה House Report (לעיל, הערה 68), 84-88.

120 הדבר דורש רשיון של ה־Federal Communications Commission – FCC — נציבות התקשורת הפדרלית המסדירה את כל נושא התקשורת בארצות־הברית בפן של כללים, רשיונות וכיו״ב.

להקרין תוך שבעה ימים, ולאחר־מכן חובה להשמידה[121]. לבסוף נציין, כי כיוון שמדובר בתחנות־שידור לא־מסחריות, התמלוגים וההסדר בנדון נוחים יותר מאלו המתייחסים לשידורים למטרות מסחריות (אשר יידונו בהמשך).

אין רשיון־הכפייה משפר באופן משמעותי את נגישות הציבור ליצירות, שכן ממילא (כאמור) רוב התחום מוסדר על־ידי דוקטרינת השימוש ההוגן. השינוי שההסדר מכניס ניכר ביחס ליוצר: בעוד ששימוש או ביצוע רגילים מוגבלים בהיקפם (גם אם מדובר בהשמעת היצירה בחנות גדולה או באולם או אף בפארק, מדובר בקהל מוגבל), שידור יצירה מגיע למאות אלפי ואף למיליוני אנשים. היקף הפגיעה הפוטנציאלי הוא המצדיק התערבות של המחוקק ועיגון פיצוי ליוצר. אולם השאיפה היתה, שפיצוי היוצר לא יהיה על חשבון נגישות הציבור וחשיפתו ליצירות, ולכן פעם נוספת פנה המחוקק לפתרון של רשיון־כפייה.

גם כאן יש מקום לעמוד בקצרה על ההתפתחות ההיסטורית של ההסדר: ב־1934 ניתן אישור להקמת תחנות לא־מסחריות לשידורים חינוכיים. ואכן, תחנות רבות הוקמו על־ידי גופים כמו עיריות ואוניברסיטאות, אשר הפכו את שידוריהם משידורים פנימיים לפומביים. אולם עם הזמן השתנה אופי השידורים, עד שלא ניתן עוד להבחין בין תחנות אלו לבין הרשתות המסחריות. מכיוון שכך, דרשו היוצרים פיצוי על ההפרה של זכויותיהם. התחנות מצדן סירבו בטענה שהן פועלות שלא למטרת רווח. העניין עלה בדיונים לגבי החוק החדש מ־1976, והקונגרס אמנם רצה לפצות את היוצרים אבל לא רצה לפגוע בהיקף השידורים. לכן פנו פעם נוספת לפתרון של רשיון־כפייה[122].

(2) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law

בישראל, כל הנושא של ביצוע פומבי או שידורים חינוכיים שלא למטרת רווח מוסדר עקרונית על־ידי דוקטרינת השימוש ההוגן[123]. כל ביצוע או שידור פומבי, שאינו נכנס בגדרה, הוא הפרה. היו שטענו, כי רשיון־כפייה של הזכות המיכנית מגלם בתוכו גם היתר לביצוע פומבי של היצירה; אולם בתי־המשפט האנגליים דחו טענה זו באשר לחוק של 1911 וקבעו, שזכותו של בעל־היצירה גוברת על זכות המשחזר, אשר קיבל רשיון אך ורק לשם שחזור היצירה לצורכי ממכר בתקליט להשמעה פרטית[124]. הלכה זו ממחישה את הנקודה, עליה עמדנו, שלפיה רשיון־כפייה אינו היתר גורף, אלא הוא חל בעניין אקט מסוים בלבד.

גם אצלנו נאלצה הפסיקה להכריע בכמה מקרים אם אקט מסוים מהווה שידור פומבי מפר או שהוא בגדר שימוש הוגן. בתי־המשפט בישראל פירשו את החוק באופן אוהד ליוצרים והלכו בכיוון של הפסיקה האנגלית, הרואה בשידור פומבי

121 אשר ל־ephemeral recording נציין, כי בדרך־כלל במדינות השונות למי שיש זכות לשדר יצירה יש גם רשות לעשות ממנה עותק כדי לשדרה במועד מאוחר יותר. בכל מדינה המועד שבו מותר להחזיק את ההקלטה שונה, והמשותף לכולן הוא שחמיד יש חובה להשמיד את ההקלטה בתום אותה הקופה.

122 B. Korman, "Performance Rights in Music under Sections 110 & 118 of the 1976 Copyright Act" 22 *N.Y.L. School L.R.* (1976–1977) 521, 537–539.

123 סעיף 4 לחוק זכויות מבצעים: פטור לגבי הוראה שלא למטרת רווח.

124 *Gramophone Co.* v. *Stephen Cawardine & Co.* (1934) Ch. 450, 459–461.

הפרה עקרונית של זכות־יוצרים[125]. אולם לא אחת נתבעים עסקים בארץ על השמעת מוסיקה מבלי לשלם תמלוגים, ואקו״ם אף החליט להקים ״קומנדו״ לאיתור מפרים[126].

נציין, כי בתיקון משנת 1968 לפקודת זכות־יוצרים נוצר באופן זמני רשיון־כפייה באשר לשידורים לימודיים. ההוראה הוארכה עד 1974[127] אולם מאז אינה בתוקף.

אשר לאנגליה, כאן אין כל הסדר־כפייה בנדון. הטיפול נעשה במסגרת של איסור עקרוני המשולב בפטורים ספציפיים, כגון לגבי השמעת הקלטות־קול — במקומות כמו מועדונים, לשידור פומבי הנעשה בחינם, למוסדות־לימוד, לשידור אינצידנטלי ולהקראה פומבית[128]. הסדר זה קיים מכוח החוק מ־1988, אשר החליף את הדין הקודם שהיה מאוד בלתי־ברור[129].

עקרונית, ביצוע פומבי בקנדה מהווה הפרה אלא אם הוא אינו למטרת רווח או שניתן לו היתר מבעל־הזכות; ואולם קיים רשיון־כפייה לביצוע יצירות מוסיקליות או דרמטיות־מוסיקליות[130]. כמו־כן קיים רשיון־כפייה אם לאחר מות היוצר בעל־הזכות מסרב לאפשר את הצגת היצירה לציבור[131].

באוסטרליה קיימים בנדון כמה וכמה רשיונות־כפייה. כך, למשל, מותר לשדר ברדיו יצירות ספרותיות ודרמטיות (וכן התאמה שלהן) למוגבלי קריאה[132]. מעניין, שנטל הגבייה הוא על בעל־הזכות, ועליו לדרוש את התמלוגים המגיעים לו. זהו הסדר ייחודי בסוגו. רשיון־כפייה נוסף מתייחס ל־ephemeral recordings. בעוד שבמרבית המדינות עשייתם מותרת ללא תשלום (כלומר: קיים פטור) ואי־השמדתם בתוך זמן קצוב מהווה הפרה, באוסטרליה ההסדר שונה: שמירת ההקלטה מעבר למועד הקצוב מותרת, אך כרוכה בתשלום תמלוגים[133]. זהו מעין רשיון־כפייה

125 המר׳ (ת״א) 6751/71 אקו״ם נ׳ חברת מלון דבורה, פ״מ עח 263, 265. פסק־הדין נהפך בחלקו בע״א 1000/80 (ת״א) בלומרס נ׳ הסניף הישראלי של הפדרציה הבינ״ל של תעשיית התקליטים, פ״מ תשמ״ב (ב) 156, 160-162.

126 הארץ, חדשות פנים, 6.2.89. מעניין שעל־פי דיווחים מהעיתונות, לטענת אקו״ם גם רשות־השידור לא משלמת תמלוגים בגין שידור יצירות מוגנות והיא חייבת לה בעבור זאת מיליוני ש״ח תמלוגים. העניין כבר הגיע לפסים משפטיים. ראה הארץ, חדשות פנים, 25.1.89; וכן ראה הארץ, חדשות פנים, 7.12.89 ו־10.12.89.

127 חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס׳ 2), תשכ״ח-1968, ס״ח 57, סעיף 7א; חוק לתיקון פקודת זכות יוצרים (מס׳ 3), תשל״א-1971, ס״ח 165. תוקף תיקון מס׳ 2 הוארך עד 31.3.74. לפירוט בנדון ראה א׳ בלום, ״החוק לתיקון פקודת זכות היוצרים (מס׳ 2), תשכ״ח-1968״ הפרקליט כד (תשכ״ז), 502.

128 סעיפים 67, 72, 35, 31, ו־59 בהתאמה. ראה Cornish (לעיל, הערה 95), 358-361; Joynsen – Hicks (לעיל, הערה 5), 198-201.

129 Laddie, Prescott & Vitoria, *The Modern Law of Copyright* (London, 1980) 65–66.

130 סעיפים 66-70 (לשעבר 48-50). Nimmer (ibid, 73): D. Vaver – Canada, 48-49.

131 *Thompson* v. *Warner Bros.* (1929) 2 Ch. 308, 331–332; וראה סעיף 15 (לשעבר 13) וכן את ההתייחסות לסעיף להלן בפרק משנה 4 על ההפצה של ספרים.

132 סעיפים 47A, 47(a), 109-108 לגבי יצירות מוסיקליות ועוד. ראה J. Nimmer (ibid, 73), Lahore – Australia, 99-102; Lahore (לעיל, הערה 79), 326-327 ועדכון 1988, עמ׳ 8053.

133 באוסטרליה ניתן לשמור את ההקלטה הזו במשך 12 חודשים — סעיף 47. בניגוד לאנגליה למשל, שבה התקופה היא 28 יום (סעיף 68) או ארצות־הברית, שם הזמן הוא שבעה ימים. ראה סעיף 70 לחוק האנגלי לגבי תכניות־טלביזיה; וסעיף 107 לגבי הקלטות מוסיקליות. אשר לישראל, ראה כללי הבזק (שידורי בעל זיכיון), התשמ״ח-1987, כלל 47.

מסוג נוסף: אין אפשרות למנוע שימוש כזה אלא שמוטלת חובה לשלם פיצוי. ההצדקה לחובת התשלום היא, שמי שרשאי לעשות הקלטה כזו ולשמרה חוסך את הצורך לפנות בכל פעם מחדש לקבל הסכמה לשידור ולשלם תמלוגים.

(3) שיטות־משפט קונטיננטליות וביפן

ברוב מדינות הקונטיננט האירופאי קיים פטור עקרוני באשר לביצוע פומבי. ברם, קיימים הסדרי־כפייה בנוגע לשידור של יצירות בגרמניה[134] ובצרפת[135].

עקרונית קיים גם בשבדיה פטור על ביצוע פומבי[136] ואף לגבי שידור, אם הוא רק למטרות אינפורמטיביות. קיים רשיון־כפייה אחד: במקום שנעשה הסכם שידור עם איגוד־יוצרים, שבו חברים מרבית היוצרים, ההסכם מחייב גם יוצר שאינו חבר (בכפיפות לחובת תשלום תמלוגים)[137].

ביפן קיימים כמה רשיונות־כפייה לשידור יצירות, הן באופן כללי הן לצורך שידורים חינוכיים. אם נכשל ניסיון להגיע להסדר עם בעל־הזכות, העניין יוכרע בבוררות למתן רשיון־כפייה[138].

(ג) אמנות בינלאומיות ו"זכויות קרובות"

באמנת ברן קיימת הבחנה בין ביצוע פומבי — שלגביו מוקנית בלעדיות לבעל־הזכות, ואין דרך לסייג זאת, לבין שידור פומבי — שבנוגע אליו מותר למדינות לסייג את הזכות בחקיקה פנימית, ובלבד שלא תיפגע הזכות המוסרית של היוצר ולא תיפגע זכות הבעלים של היצירה לקבל פיצוי הוגן[139]. מסתבר שקיים באמנה היתר להסדר־כפייה בחקיקה פנימית. לגבי ביצוע פומבי יש להעיר, שעל־אף לשון האמנה ברוב המדינות הזכות סויגה על־ידי דוקטרינת השימוש ההוגן.

אמנת UCC אינה מטפלת בנפרד בזכות הביצוע הפומבי, אך אינה אוסרת על הסדרי־כפייה בנדון[140].

זה המקום להתייחס לאמנה ספציפית הנוגעת לסוגיה הנדונה. זוהי אמנת רומא מ־1961[141], אשר נועדה בעיקרה להסדרת נושא ה"זכויות הקרובות" (neighbouring

134 למשל: סעיף 52, 76(2), סעיף 86, המקנה גם למפיק היצירה זכות לנתח מהרווחים, סעיף 47 לגבי שידורים פומביים שאינם לרווחה המארגן אבל לטובת צד שלישי, סעיף 46 ועוד. ראה Nimmer (ibid, 73): A.Dietz – Germany, 115 Dietz ;(לעיל, הערה 86), 79-80.

135 סעיפים 22-25 לחוק של זכות־יוצרים ומפיקים לגבי ביצוע יצירות ושידורן (ראה לעיל, הערה 90) קובעים, כי במקרה של ביצוע פומבי של תקליט שנועד לשימוש מסחרי, וזאת במקום ציבורי ושלא למטרות בידור, או במקרה של שידור סימולטני — יש רשיון סטטוטורי המחייב בפיצוי היוצר לפי היקף ההכנסות או בסכום גלובלי אם העניין נופל בגדר סעיף 35 לחוק הרגיל: On Law No. 57–298 Literary & Artistic Property 1957, amen. 1985. ראה Francon (לעיל, הערה 90), 19 ; Nimmer (ibid, 73): R.Plaisant – France, 97-98.

136 אם הביצוע אינו למטרת רווח, אין דמי־כניסה, וזה לא האירוע המרכזי (סעיף 20).

137 סעיף 22. ראה Nimmer (ibid, 73): G.Karnell – Sweden, 39.

138 סעיפים 68 ו־34 בהתאמה. ראה Nimmer (ibid, 73): T.Doi – Japan, 55-57 ; Doi (לעיל, הערה 82), 228-229.

139 סעיפים 11 ו־11Bis(2) בהתאמה. ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 424-453, 522-527.

140 חל בנדון סעיף IV Bis לאמנה, המתיר הסדרי־כפייה בחקיקה פנימית.

141 International Convention For The Protection Of Performers, Producers, Phonograms &

nevo.co.il

rights). אלו זכויותיהם של מבצעים, מפיקים ושדרים של יצירות מוגנות, אשר חוקים של מדינות רבות אינם מגינים על זכויותיהם. בעבר היו ספקות אם זכויות אלו ראויות להגנה, אולם משגברה הפגיעה בבעלי הזכויות הקרובות עקב חידושי הטכנולוגיה, הספקות נמוגו[142]. כיוון שכל עניינה של האמנה הוא להגן על הזכויות הקרובות, אין היא מתייחסת ליוצר עצמו (אשר זכויותיו מוסדרות באמנות אחרות). האמנה לא אושררה בהיקף של שתי האמנות המרכזיות ואף לא בהיקף של אמנות קטנות יותר, דבר המקשה על יישומה[143].

האמנה קובעת שורת איסורים — ובכללם איסור על שיעתוק של יצירה בביצוע מסוים — והיא מעניקה למבצעים אפשרות להתנגד לשידור יצירה הנופלת בגדר איסורים אלה[144]. האמנה מתירה לקבוע רשיונות־כפייה רק כשהם מתיישבים עם הוראותיה, והדעה הרווחת היא שרשיון־כפייה יכול להתיישב רק עם ההוראות הנוגעות לשידור של יצירות[145]. פרט להיתר המסויג האמור ביחס לרשיונות־כפייה, קיים באמנה רשיון־כפייה אחד מפורש באשר לשידור פומבי של יצירה שהודפסה על־גבי תקליט. האמנה מתירה שידור כזה ללא צורך בהסכמת בעל־הזכות, אך יש חובה לפצות את יצרן התקליט או את מבצע היצירה (או את שניהם גם יחד). זהו רשיון־כפייה לא־אקסקלוסיבי מבחינת המשדר. כמו־כן ההסדר דיספוזיטיבי ואין חובה על המדינות המתקשרות לאמצו[146]. יש לשים לב, שההסדר חל רק על יצירות שהופקו לשימוש מסחרי ואינן יצירות מפירות בעיני האמנה (שלגביהן אין רשיון־כפייה), ועל השידור להיות פומבי. כמו־כן התשלום מחייב רק את המשדר הראשון, ומי שמקליט את השידור ומעבירו הלאה אינו חייב בתשלום[147].

ההיגיון מאחורי זכות השיפוי הכפולה (של היצרן והמבצע גם יחד) הוא, כי המבצעים נפגעים מכך ששידור יצירה מפחית את הצורך בביצוע חי שלה — דבר המקטין את חשיפתם לציבור — ופוגע בפרנסתם; ואילו היצרנים נפגעים מכך שהשידורים מקטינים את הצורך לקנות עותקים מהיצירה. כנגד זה נטען כי מכיוון שהתמלוגים נותרים בשיעור קבוע, העוגה מתחלקת עתה ליותר גורמים ויש בכך

Broadcasting Organizations 1961 (The Rome Convention). ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 237-202; Nordemann (לעיל, הערה 24), 335-433.

142 בעבר, כדי ליהנות מהופעה היה צורך להיות נוכח; כיום יש תקליטים, רדיו, קולנוע, ובעיקר השילוב, כמו שידור תקליט ברדיו — זה פגע בעיקר במבצעים. מאידך גיסא, השיעתוק של תקליטים פגע קשה ביצרנים.

143 נכון לדצמבר 1991 חתומות על האמנה 35 מדינות, ומבין המדינות שנזכרו לעיל, בהערה 1, אישררו אותה רק גרמניה, אנגליה, צרפת, שבדיה ויפן. ייתכן שאוסטרליה תצטרף בקרוב. ישראל חתמה אך לא אשררה.

144 סעיף 7 לאמנה.

145 סעיף 15(2) קובע את האיסור, וסעיפים 7(2) ו־13 הם החריג. ראה הספר של WIPO (לעיל, הערה 105), 58; Stewart (לעיל, הערה 24), 231-233; Nordemann (לעיל, הערה 24), 396-406.

146 סעיף 12 אשר סעיף 16 קובע כי הוא דיספוזיטיבי. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 219-228; Nordemann (לעיל, הערה 24), 396-403.

147 סעיף 7 לאמנה. ראה הספר של WIPO (לעיל, הערה 105), 46-62; V.B. Labra, "The Three Subjects Protected By The Rome Convention" 14 *Copyright* (1978) 25; Stewart (לעיל, הערה 24), 212-216; Nordemann (לעיל, הערה 24), 382-388.

משום פגיעה ביוצרים. עוד נטען, ששידור היצירה מביא אותה לתודעתם של רבים ותורם לפרסומה ולכן השידור דווקא מסייע למבצעים ומגביר את המכירות של התקליטים. נראה, כי יש הרבה מן האמת בטענות היוצרים. אולי זו הסיבה לקביעה כי מדינה המתקשרת באמנה יכולה להסתייג מהוראה זו ולהימנע מליישמה. נוסף על כך, האמנה אף מאפשרת לקבוע פטורים מחובת השיפוי במצבים המוגדרים בה[148].

יצוין כי ישראל לא אשררה את אמנת רומא, אך למבצעים (בלבד) מוענקת הגנה על זכויותיהם בחוק חדש: חוק זכויות מבצעים, תשמ"ד-1984. על־פי החוק, כל שידור פומבי ללא היתר מהווה הפרה, אולם החוק אוסר רק שידור ולא ביצוע, וגם האיסור האמור כפוף לכללי שימוש הוגן[149].

(ד) סיכום והערכה

כפי שראינו, בתחום של זכות ההצגה קיים שימוש נרחב בהסדרי־כפייה. אבל מבט מדוקדק מראה, שמרביתם מתרכזים בפן של שידור פומבי. לגבי ביצוע פומבי שולטת בכיפה (בהיקף זה או אחר) זכותו הבלעדית של בעל־הזכות, בכפיפות לדוקטרינת השימוש ההוגן. הסיבה לכך היא, שלגבי השידורים ההיקף הפוטנציאלי של הפרות גדול מבחינת כמות האנשים העשויים להיחשף ליצירה. מאפיין נוסף הוא, שרשיונות־הכפייה מתייחסים תמיד באופן דווקני לסוג מסוים של שידורים ואינם חלים באופן גורף. הסיבה היא, שלגבי סוגים אחרים של שידורים לא מוצדקת פגיעה בבלעדיות של בעל־הזכות (והאיסור נותר על כנו) או שלא מוצדק לתת לבעל־הזכות פיצוי בגין השימוש (ולכן נותר בעינו הפטור). רשיונות־כפייה משמשים רק באשר לשידורים המחייבים הן הבטחת נגישות הציבור הן הבטחת תמלוגים ליוצר, וזאת כחלק מן המגמה שלא לעשות שימוש בהסדרי־כפייה שלא לצורך.

האם בכלל רצויים רשיונות־כפייה ביחס להצגה פומבית של יצירה? בכל הנוגע לתחום של שידור פומבי נראה, כי התשובה בלי ספק חיובית, כאשר ניתן לעמוד על הנמקה כפולה — הן של שיקולי מדיניות הן של הפן הטכנולוגי. מחד גיסא, קיים חשש שבתחומים חשובים כמו חינוך והדרכה ייווצר מונופול או תיפגע נגישות הציבור. אין זה ראוי שבית־ספר החפץ לשדר תוכניות לתלמידים יהיה תלוי ברצונו של בעל־הזכות ובתוצאות המשא־ומתן עמו. מאידך גיסא, שידור שכזה מצריך מתן פיצוי ליוצר. לא אחת יצירות המשודרות בתוכניות לימודיות הוכנו מראש למטרות לימוד. אם לא יפוצה היוצר, לא יהיה לו תמריץ להכין יצירה שבעיקרה מיועדת לתחום החינוכי.

נוסף על כך קיים גם פן טכנולוגי: עקב התגברות השימוש באנטנות רבות־עוצמה ובצלחות־לוויין, הולך וגובר הקושי לפקח על שידורים, והתופעה של "גניבת שידורים" כבר הופכת למגיפה. אפשר להביא כדוגמא את שידורי הצבא האמריקני

148 סעיף 15: שימוש פרטי, דיווח חדשות, הקלטות זמניות לצורכי שידור (ephemeral recording), לימוד ומחקר. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 231-233; Nordemann (לעיל, הערה 24), 408-411.

149 ראה סעיפים 2(3) ו־4 בהתאמה. לעניין המיזן בין שידור לביצוע ראה לעיל, הערה 114.

לכוחותיו באירופה, הנקלטים ללא רשות — בעזרת צלחות־לוויין גדולות — ברחבי אירופה והמזרח־התיכון, כשהנזק ליוצרים אמריקניים (שאת תוכניותיהם משדרים) הוא עצום[150]. זו הסיבה שהוחלט, החל ב־1.1.89, להצפין את כל השידורים בקוד המצריך מכשור מיוחד לפיענוחו כדי שניתן יהיה לצפות בתוכניות. זו דוגמא לפתרון יקר ומסובך ולכן לא סביר שינקטוהו באופן נרחב במדינות השונות. פתרון זול יותר הוא לקבוע רשיון־כפייה, המשלים עם אובדנה של יכולת האכיפה ומתיר את השימוש תוך כדי הבטחת שיפוי ליוצר. לגבי ההסדר הראוי נראות לנו הוראות החוק האמריקני, אשר מעודדות את הצדדים להגיע להסכם רצוני. הסדר־כפייה נוסף שניתן לשקול הוא הטלת היטל על אנטנות וצלחות־לויין.

להבדיל מתחום השידורים, בתחום הביצוע הפומבי נראה לנו מוצדק להימנע ככל הניתן מקביעת רשיונות־כפייה. יש מקום להותיר על כנו את האיסור העקרוני בכפיפות לפטורים, כל עוד השימוש אינו תמורת תשלום או למטרת רווח מסחרי, והוא הוגן. בתחום דנן חשוב לאפשר לציבור להיחשף ליצירות וליהנות מהן, כל עוד השימוש אינו חורג מגדר הגבולות שנקבעו לו, ואילו הפגיעה ביוצרים איננה בהיקף כזה המצדיק רשיון־כפייה.

3. רשיון־כפייה בשידורי־כבלים

(א) כללי

בפרק־משנה זה נבדוק את התחום של שידורים פומביים למטרת רווח באמצעות תחנות־כבלים. אך תחילה ראוי לתחום במדויק את הסוגיה שבה נעסוק.

בתחום של שידורי־כבלים יש מקום להבחין בין שלוש פעולות שונות: האחת, שידור עצמאי בכבלים על־ידי תחנת־כבלים (cablecasting), שדינו כדין שידור לכל דבר. השנייה, הקלטה של שידור כלשהו ושידורה בשלב מאוחר יותר בכבלים (transmission by cable diffusion), שדינה כדין כל הקלטה וגורלה מוכרע בהתאם לשאלה אם היא מיועדת לשימוש מסחרי אם לאו. השלישית, העברה סימולטנית ואינטגרלית של שידור באמצעות מערכת־כבלים (retransmission by cable diffusion), שהיא הפן אשר לגביו התעוררו הבעיות, ורק בו נעסוק עתה. במדינות רבות הנושא מוסדר בגדר זכות הביצוע, שכן אין כאן ״שידור״. בישראל אימצנו (כאמור בפרק הקודם) הגדרות מקומיות, לפיהן נושא שידורי־כבלים נכלל בגדר ״שידור פומבי״[151]; אלא שעתה יש לעמוד על מיון משני, בין ״שידור״ לבין ״העברה״ של שידור של אחר (כמו פעולתה של תחנת־ממסר). ניתן לומר, כי שידור הוא אקט אקטיבי ואילו העברה זהו אקט פסיבי. הבחנה שכזו נהוגה גם בחוק הבזק, אך עניין זה עוד יידון בהמשך.

הבעיה כאן היא חוסר יכולת להשתלט על התופעה של פגיעה בזכויות־היוצרים באמצעות שידורים והעברות בכבלים, עקב מגבלות טכניות. המצאת הכבלים היא אחת ההמצאות התקשורתיות החשובות ביותר, ויש אף המשווים אותה עם המצאת הדפוס. הכבלים יצרו מהפכה תקשורתית מבחינת אפשרויות השידור והיקפו.

150 אמנם, כאן עסקינן בשידורים מסחריים, אך לצורך הדוגמא אין לכך נפקות.

151 ראה לעיל, הערה 114.

כבלים פותחים פתח לשידורים רבי־היקף. במדינות (כמו ישראל) שבהן קיימים ערוצי־טלביזיה ספורים יש ביקוש רב לתחנות־כבלים, ולכן גם מדינות אשר התנגדו במשך שנים לשידורי־כבלים, מתחילות עתה להיכנע ללחץ הציבור. יתר על כן: עם התרחבות השימוש בצלחות־לוויין קל לקלוט שידורים רחוקים. באירופה, שבה המרחקים קצרים יחסית, ניתן לקלוט באמצעות צלחת כזו את שידורי מרבית התחנות (נושא שידורי לוויין הוא נושא מורכב וראוי לדון בו בנפרד, ולא נעסוק בו אלא באספקט של רשיון־כפייה[152]). בשל כך, המדינות הבינו, שאין עוד טעם לאסור הקמתן של תחנות־כבלים, והמאמץ הופנה בתחום זכות־היוצרים לבניית תשתית חקיקתית הולמת, תוך שימת דגש בכיוון של פיצוי היוצר (נגישות הציבור ממילא קיימת על־כורחם של היוצרים). יש לציין, שבמרבית המדינות הלכה החקיקה בנדון בעקבות הפסיקה, ולא ההיפך.

(ב) ההסדרים הנוהגים בעולם

(1) החוק האמריקני

כמו בתחומים אחרים שהוצגו, גם בנושא של העברה בכבלים החליטו בארצות־הברית כי הפתרון צפון ברשיון־כפייה, שעוגן בחוק בהסדר מסובך אשר לא נדון בו בהרחבה[153]. החוק קובע הסדר מסוג רשיון סטטוטורי: הוא יוצר זכות להעביר שידורים בכבלים ללא צורך בהסכמה, וזאת תמורת תשלום תמלוגים על־פי מפתח סטטוטורי מורכב, שאינו נתון למשא־ומתן. נושא הקצאת התמלוגים ליוצרים יידון בהמשך בפרק־משנה נפרד.

לפני שנדון בהסדר גופו, יש להבהיר, כי הוא אינו עומד בפני עצמו, אלא הוא כפוף לכללי נציבות התקשורת הפדרלית (ה־FCC) ולתנאיה, אשר קובעים (בין היתר) מי רשאי לקבל רשיון להפעיל תחנת־כבלים. אותם כללים גם קובעים מיהי תחנת־כבלים היכולה ליהנות מהסדר־הכפייה החל לגבי כבלים. כך, למשל, תחנת־רדיו או תחנה המשדרת שידורים עצמיים או שידורים המיועדים אך ורק לתחנות־כבלים אחרות אינה בגדר ההסדר[154].

על־פי ההסדר, כל המפעיל תחנת־כבלים (הממלאת את תנאי ההגדרה שבחוק) החפץ להעביר שידור (שזכה לאישור לפי כללי ה־FCC) בכבלים והשידור מגיע מתחנה שיש לה רשיון שידור של ה־FCC — אזי ינתן לו רשיון־כפייה לביצוע ההעברה בכפיפות לתשלום תמלוגים לפי המפתח שבחוק, וכל העברה בכבלים של שידור, פרט לשידור כאמור, מהווה הפרה (בהנחה שלא חל לגביה פטור)[155]. המטרה של ההסדר היא לדאוג לגיוון בתוכניות, על־ידי הרחבת קהל־היעד היכול

152 שידורי־לוויין נחלקים לסוגים שונים ויש בנדון מגוון בעיות והסדרים. ראה A. Dietz, "Copyright and Satellite Broadcasts" *IIC* (1989) 135.

153 סעיף 111 לחוק. זהו רשיון־הכפייה השלישי ביחס לזכות ההצגה, והשני לגבי שידורים פומביים, ולמעשה פרט אליו קיים רק עוד רשיון־כפייה אחד בחוק — סעיף 119 — שידורי־לוויין. אך זהו רשיון־כפייה זמני, כפי שיפורט.

154 סעיפים 111(a) ו־118. לגבי נושא הכבלים בהיבט הכללי, לרבות ה־FCC וכלליו, ראה Ferris, Lloyd, Casey, *Cable Television Law* (Matthew Bender, 1991).

155 *WGN Continental Broadcasting Company* v. *United Video* 693 F 2d 622, 625 (1982).

ליהנות מכל שידור באמצעות תחנות־הכבלים. אולם ההסדר נזהר שלא לפגוע בדומיננטיות של הרשתות הלאומיות ותחנות־הטלביזיה העצמאיות בכך שהוא קובע קריטריונים מוגדרים ומחמירים לתחולתו.

נוסף על האמור יש להבהיר, כי ההסדר חל רק ביחס לשידור של תחנת־שידור ("שידור ראשוני") ולא על תוכנית ששודרה במקורה בכבלים ("שידור משני"). על תחנת־כבלים מאושרת להירשם ולהגיש דין־וחשבון שנתי על היקף פעילותה והכנסותיה ממנויים — רו"ח שעל בסיסו מחשבים את היקף התמלוגים אשר עליה לשלם.

יש מקום לעמוד על הבחנה שנעשתה בפסיקה (ואומצה בחוק החדש) בין אותות (signals) מקומיים, שניתן לקולטם ללא כבלים, לבין אותות מרוחקים או "מיובאים" שניתן לקולטם רק באמצעות תחנת־כבלים. בעבר אותות מקומיים היו בכחינת אות שתחנות־הכבלים היו מחוייבות להעביר באחד מן הערוצים שלהן ("must carry") ואילו האותות הרחוקים היו אותות שמותר להעבירם רק בתנאים מסוימים. אולם בפסיקה מאוחרת נקבע שאסור לקבוע על אות שהוא "must carry": עקרון חופש הביטוי אינו מאפשר לכפות על תחנת־כבלים להעביר שידורים שאינה חפצה להעבירם. אך עתה נטען כי בכך מופר האיזון שהיה קיים עד כה ומוענק לתחנות־הכבלים יתרון על־פני תחנות רגילות, ובתנאים שכאלו יש לבטל את הסדר־הכפייה[156]. מכל־מקום, המאבק בנדון טרם הסתיים וישנן יוזמות לנסות ולעגן בחוק הגבלה שכזו. ואולם ההבחנה דלעיל עודנה חשובה משום שההסדר הקיים עושה הבחנה בסיסית בין "אות מקומי" לבין "אות מיובא" לעניין תשלום התמלוגים, באופן שקיים הבדל משמעותי בחישוב לגבי כל אחד מהם[157]. ככלל, התשלום מבוסס על העיקרון של יצירת קהל חדש, ורק בגין קהל שכזה זכאי היוצר לתמלוגים.

על ההעברה בכבלים להיות העברה אינטגרלית וסימולטנית. אסור לתחנת־כבלים להקליט שידור טלביזיה ולשדרו במועד מאוחר יותר (האיסור כפוף לחריגים לגבי מקומות כמו הוואי ואלסקה, ויש גם הוראות מיוחדות אודות שידורים מקנדה וממקסיקו[158]). כן אסורים כל שינויים, השמטות או תוספות של שידורים, פרסומות או אותות־תחנה.

לבסוף נציין, כי ההסדר כולל גם שורת פטורים ביחס לשידורי־כבלים מסוימים — פטורים המהווים הרחבה של הסדרי־הפטור החלים על שידורים שלא למטרת רווח. הסיבה היא, שהסדר־הכפייה לא נועד לחול על שידורים בהיקף מצומצם עבור קהל מוגדר, גם אם הם למטרת רווח. קיימת פסיקה עניפה בשאלה מה נכלל בגדר הפטורים הללו[159]. נוסף על כך, ההסדר כולל רשימת איסורים. הפועל היוצא

156 D.M. Larner, R.G. Finney, "Cable's Compulsory License — a Trade of for Repeal of Must Carry?" *Entertainment, Publishing & the Arts Handbook* (N.Y., C. Boardman (ed.), 1986) 309, 309–311.

157 לא ברור אם יש תשלום בגין אות מקומי לפי החוק. ראה Nimmer (לעיל, הערה 5), 227-8, 234-8.

158 סעיפים 111(e)(2) ו־111(c) בהתאמה.

159 *U.S.C.A.* (לעיל, הערה 57), 165-177; Latman (לעיל, הערה 57), 450-454; House Report (לעיל, הערה 68), 52-67; D. Ladd, "A Paven for Print: Accomodating Copyright to the Tele-Technologies" *Cable Television & Copyright Law Aspects* (Paris, ed. H.C. Jehoram,

הוא, כי רק שידור שאינו נופל במסגרת אחד האיסורים או הפטורים המפורטים בהסדר נכלל בגדר רשיון־הכפייה (וגם זאת בתנאי שעמד בדרישות הסטטוטוריות).

להסדר עצמו קיים ציות רב, הן מבחינת קבלת רשיונות הן מבחינת תשלום התמלוגים. אך מעניין לציין, שההסדר חל רק על חלק קטן משוק הכבלים האמריקני, אם משום שתחנות אינן נתפשות במצודת הגדרות החוק, ואם משום שהחוק אינו חל על שידור לא־סימולטני. במקום שההסדר אינו חל, הצדדים מגיעים להסכמים רצוניים.

לאחרונה נתוסף להסדר בדבר כבלים הסדר משלים בנוגע לשידורי־לוויין, הקובע אף הוא רשיון־כפייה לגבי העברת שידורים משניים באמצעות לוויין לבתים פרטיים. בכך הורחב היקפם של שידורים משניים הנתפשים ברשת של רשיון־הכפייה, אך מדובר בהסדר זמני[160].

על ההסדר האמריקני נמתחה ביקורת רבה ויש אי־נחת מאופן יישומו מסיבות שעליהן עוד נעמוד[161]. ההסדר הוא חידוש של החוק מ־1976, אך קדמה לחקיקה התפתחות היסטורית שלפסיקה היה בה חלק מכריע. במקורן תחנות־כבלים נוצרו כתחנות להגברת עוצמתם של שידורים מקומיים ולהעברתם למקומות שבהם — עקב חסימה של הרים — אין אפשרות לקלוט אותות מקומיים. עם הזמן החלה להתרחב התופעה, והתחנות החלו גם "לייבא" אותות רחוקים שאין אדם יכול לקולטם באמצעות אנטנה רגילה. בשלב האחרון הן אף החלו לשדר תוכניות משלהן ולהתחרות מול הרשתות המקומיות והלאומיות. תחילה לא חשו הרשתות הללו מאוימות מכך, אולם משפשטה התופעה הוחלט להילחם בה במישור של רישוי[162]. לבסוף, ה־FCC שם קץ למאבקים על־ידי גיבוש הנחיות רישוי חדשות, המסדירות את כל נושא שידורי הטלביזיה בארצות־הברית.

מישור אחר שבו התנהל מאבק בין הרשתות הרגילות לבין תחנות־הכבלים הוא על רקע כלכלי: בארצות־הברית השידורים מלווים פרסומות, אשר התשלום בגינן נעשה על־פי תחשיב של אחוזי צפייה. לטענת הרשתות, אם תחנת־כבלים מסוימת מייבאת תוכנית מרשת מרוחקת ומעבירה אותה (סימולטנית) לצופים באיזור מסוים, אזי לרשת הרגילה באותו איזור שוב לא כדאי לרכוש את התוכנית, שכן מכיוון שהיא כבר שודרה בכבלים — אחוז הצפייה בה יורד מאוד, וההכנסות מפרסומות

1983) 127; G. Meyer, "The Feat of Houdini or how the new Act Disentangles the CATV Copyright Knot" 22 *N.Y.L. School L.R.* (1976–1977) 545; P.E. Mutino, "Cable Television in the USA Legal & Regulatory Aspects" *Cable Television Media & Copyright Law Aspects*, (Paris, ed. H.C. Jehoram, 1983) 85.

160 ה־Satellite Home Viewer Act Of 1988 הוסיף לחוק את סעיף 119, אך יש לשים לב שזהו הסדר זמני הפוקע ב־31.12.94.

161 Y. Gendreau, *The Retransmission Right: Copyright and the Rediffusion of Works by Cable* (Oxford, 1990) 31.

162 ב־1966 הקפיא ה־FCC את שווקי הכבלים ב־100 השווקים העיקריים של הטלביזיה והיה עתה צורך ברשיון מיוחד שכדי לקבלו נדרש הליך ארוך ומסובך שרק מעטים עמדו בו. לאחר שנשמעו מחאות, התחלט להקל בדרישות *והתירו להעביר בכבלים אותות מרוחקים אם נתקבלה רשות מהתחנה המקומית* שאת אותותיה מעבירים, אך כצפוי רוב התחנות סירבו לתת אישורים כאלו. לבסוף נקבעו הנחיות חדשות שאפשרו לקבל רשיונות כאלו.

nevo.co.il

נפגעות. לטענתן, על תחנות־הכבלים לשלם להן אפוא תמורת העברת השידורים ה״מיובאים״. תחנות־הכבלים מצדן סירבו, בטענה שאינן מפרות זכות כלשהי. ואכן, השאלה העיקרית מבחינה משפטית היתה, האם מה שעושות תחנות־הכבלים הוא בגדר ״שידור״, כמשמעו בחוק של 1909 (שאז זו הפרת זכות־יוצרים של הבעלים ביצירה, קרי: רשתות הטלביזיה). לאחר שורת מאבקים וכמה תקדימים עקרוניים של בית־המשפט העליון של ארצות־הברית[163] גובשה ההלכה, כי אין כל הפרה בהעברת אות מקומי או מיובא ואין הדבר מהווה ״שידור״. בשלב הזה התערב המחוקק.

בניגוד לאותם מוסדות שהמחוקק מצא לנכון לפטור מחובת תשלום בגין שי־דורים, תחנות־כבלים למיניהן נתפשו בעיניו כמוסדות מסחריים הפועלים למטרת רווח. עוד הגיע המחוקק למסקנה, שהעברה בכבלים מהווה פגיעה קשה מדי בבעלי־הזכויות (הרשתות). מאידך גיסא, רצו להגן על תעשיית הכבלים הכושלת (באותה עת), מה גם שלא נראה מוצדק כי תחנות־הכבלים ישלמו תמלוגים מלאים (בעקבות משא־ומתן שיהיה עליהן לנהל עם רשתות־הטלביזיה) עבור תוכנית המשודרת במקביל בשידור ראשוני. נוסף על כך, לא רצו לפגוע בנגישות הציבור ליצירות, שהרי הטלביזיה היא כיום אמצעי־התקשורת הפופולרי ביותר, ואנשים צופים בה משך שעות רבות מדי יום ביומו. לכן, קיים אינטרס ציבורי לשידורים נרחבים ככל הניתן.

האיזון נמצא בדמותו של רשיון־כפייה עם הסדר תמלוגים הקבוע בחוק, קרי: רשיון סטטוטורי. יש לשים לב, שהסדר זה יצר את השינוי הכלכלי המשמעותי ביותר בהשוואה לחוק הישן, והיקף התמלוגים שבו מדובר הוא בסדר גודל של כמה מיליארדי(!) דולרים מדי שנה — סכום שכל יתר התמלוגים הקבועים בחוק מתגמדים לעומתו. לכן ניטשו ויכוחים מרים ביותר סביב שאלת התמלוגים וההסדר הנלווה. עד היום, כל־אימת שהטריבונל עשה שימוש בסמכותו להגדיל את שיעור התמלוגים, הגיע העניין לבתי־המשפט.

163 בפסק־דין תקדימי ורב־חשיבות — *Fortnightly* (לעיל, הערה 115) — קבע בית־המשפט העליון, שאין מדובר ב״שידור״ ולכן אין כל הפרה. על פסק־הדין נמתחה ביקורת רבה. השלב הבא היה פסק־דין *Teleprompter* (לעיל, הערה 115): בעקבות ההדים לפסק־דין *Fortnightly* החליט בית־המשפט לערעורים של ה־State לסייג את הדברים, וקבע הבחנה בין העברת אותות מקומיים שאינה הפרה לבין העברת אותות רחוקים המהווה הפרה. ההצדקה לכך היא, שאות מקומי נועד להיקלט בשטח מסוים וזו נקודת־המוצא של המשדר. אם תחנת־כבלים מסייעת לתושבים באותו איזור לקלוט שידורים שאינם נקלטים עקב הפרעה טבעית, הרי הם רק ממשים את זכותו של אותו תושב, ואין זו הרחבה של תחום הקליטה המיועד של השידורים. חיוב בתשלום בגין אות כזה ייצור כפל תשלום ליוצר ואין לכך הצדקה. זאת, להבדיל מאות מיובא שאותו לא נועד אותו תושב לקלוט, ואם מאפשרים לו את קליטתו, יש בכך הרחבה של יעד השידורים מעבר לכוונה של המשדר והוא זכאי לתגמול. פסק־הדין הגיע לבית־המשפט העליון של ארצות־הברית. הרשתות טענו שיש מקום לסייג את ההלכה הקודמת כיוון שתחנות־כבלים החלו לשדר גם תוכניות עצמאיות, הן מוכרות פרסומות (דבר שנקבע ב־*Fortnightly* כמאפיין ״שידור״) והן מחליפות תוכניות בין התחנות. אולם בית־המשפט דחה את הטענות וקבע שהעברה בכבלים אינה בהכרח מקטינה את מספר הצופים הפוטנציאלי, אלא היא דווקא מרחיבה את השווקים ולכל היותר יש מקום לשנות את תחשיבי התשלומים בגין פרסומות. לכן, גם העברת אותות רחוקים אינה בגדר הפרה. לאור עמדת הפסיקה היה ברור שלא ייווצרו הסכמים מרצון כי אין כל צורך לשלם בגין ההעברה.

(2) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law

עד לפני שנים אחדות לא היתה בישראל כל הוראה בנושא כבלים. אולם ב־1986 נוסף פרק שלם בנדון לחוק הבזק וכן הותקנו כללים[164]. כאמור, גם החוק שלנו מבחין בין "שידור" ל"העברה" ורק לגבי שידור ישנן הגבלות. בחוק שלנו אין כל רשיון־כפייה (כנראה), אך ראוי להציג בקצרה את המצב המשפטי בתחום זה.

לגבי העברה של שידור מישראל סעיף 6כא(א) לחוק בזק קובע, כי בעל־זיכיון יעביר העברה מלאה בזמן אמיתי, באחד מהערוצים המוקצים לו, את השידור המשודר באותה עת ברדיו או בטלביזיה אלא אם פטרו אותו מהחובה הזו, כשביתר הערוצים הוא רשאי להעביר שידורים עצמיים (כמוגדר בכללים ובכפיפות להם). סעיף־קטן (ב) קובע, שעל העברה כזו בעל־הזיכיון אינו חייב בכל תשלום למשדר השידור המקורי או לבעלי זכות־היוצרים (הוראה המתיישבת עם אמנת רומא מ־1961, אך לא ברור אם כך המצב לגבי אמנת ברן). כלומר: מבחינת התחנות יש כאן אות "must carry" ובמקביל קיים פטור מתשלום. יש הסבורים, כי זהו מעין רשיון־כפייה עם מחיר אפס מבחינת בעלי זכות־היוצרים[165]; אולם לדעתנו עדיף להתייחס להוראה כפשוטה, קרי: פטור. ההצדקה להסדר היא, שהיוצרים מקבלים תשלום עבור השידור המקורי שממילא מגיע כמעט לכל רחבי המדינה, ואין ההעברה בכבלים מרחיבה בהרבה את קהל־היעד שלהם. אולם יש הסבורים, שכל שימוש נוסף כזה מחייב בתשלום[166]. עוד נציין, כי לפי החוק שידור של מי שאינו בעל־זיכיון או בעל זכות שימוש ייחשב שידור "פירטי"[167]. אשר להעברת שידורים מחו"ל, סעיף 6כא(ג) מפנה לכלל 46, הקובע רשימת שידורים ורים שניתן להעביר. לא ברור אם העברה כזו חייבת בתשלום[168].

אשר לשידורים, סעיף 6כה(5) קובע, כי לא ישודרו שידורים שיש בהם משום הפרת זכות־יוצרים או זכות־מבצעים. לא ברור אם זו אזהרה בלבד מפני הפרת זכות־יוצרים או שזהו תנאי לקבלת רשיון לתחנת־שידור בכבלים. נראה, שיש להעדיף את הפירוש השני, והמועצה שהוקמה אחראית לפקח על כך[169].

באנגליה אין כל הסדר־כפייה בנדון, ובכך אימצו את המלצותיה של הוועדה שהכינה את הצעת החוק[170]. החוק החדש קובע, ששידור בכבלים מהווה הפרה,

164 חוק הבזק (תיקון מס' 4), תשמ"ו-1986, פרק ב-1; וכן כללי הבזק (שידורי בעל זיכיון) תשמ"ח-1987.

165 V. Hazan, "Letter from Israel" *Copyright* (1987) 250, 253.

166 שם, עמ' 254.

167 סעיף 7ז לחוק וכלל 42 בהתאמה.

168 כלל 46 מסויג על־ידי כלל 48, אך זאת בנוגע לשידורי־לויין ולזכויות־שידור, ולא לגבי העברה. כמו־כן הסעיף עצמו דן בשידור ולא בהעברה. זהו מקור המחלוקת שמא העברה של שידור זר (שאינו שידור חובה הפטור מחובת תשלום), ללא תשלום תמלוגים, מהווה הפרה. הבעיה היא שאם זו לא הפרה, אזי סעיף 6כא(ב) מיותר או שיש לראות את הפטור שבו כחל מעבר לנושא של תשלום תמלוגים גרידא. מאידך גיסא, אם זו הפרה, יש לקרוא את סעיף 6כה כחל לא רק על שידור, אלא גם על העברה, בכפיפות לסייג של סעיף 6כא(ב). ואולי יש לקונה בחוק.

169 Hazan (לעיל, הערה 165), 251-252.

170 דו"ח ויטפורד (לעיל, הערה 70), 111-123; Cornish (לעיל, הערה 95), 356-358; W.R. Cornish, "Cable TV & Copyright — the UK Position" *Cable Television Media & Copyright Law Aspects* (Paris, ed. H.C. Jehoram, 1983) 97.

בכפיפות לסייגים. למשל: הקלטה אינצידנטלית למטרות שידור או העברה בכבלים מותרת, וכך גם שידור פומבי בכבלים אם לא נדרש תשלום. כמו־כן מותר להקליט תוכנית־טלביזיה ומיד להעבירה בכבלים, להבדיל משידורי כבלים עצמאיים[171]. פרט לכך, כל נושא הכבלים מעוגן בחוק נפרד מ־1984[172]. נציין, כי באנגליה אין כמעט פסיקה בנדון.

בקנדה, בעקבות חתימת הסכם הסחר החופשי עם ארצות־הברית, נקלטה בחוק זכות להעברה בכבלים בכפיפות לרשיון־כפייה, המקבילה להסדר בארצות־הברית[173].

(3) שיטות־משפט קונטיננטליות וביפן

בעבר לא היה כל הסדר סטטוטורי בקונטיננט האירופאי לגבי כבלים, אולם לאחרונה חלה התפתחות בכמה מדינות. בגרמניה, למשל, הכירו בכך ששידור או העברה של יצירה בכבלים הם חלק מהזכויות של היוצר ולכן פעולה שכזו ללא אישור ממנו מהווה הפרה. בתי־המשפט פירשו את הסעיף באופן המבחין בין אות מקומי, שעליו חל עקרון מיצוי הזכויות, לבין אות רחוק שהוא הפרה[174]. אין רשיון־כפייה בנדון.

ביפן הסדרת נושא הכבלים נעשתה במקביל בשני מישורים: האחד, במסגרת חוק זכות־יוצרים; והשני, באמצעות חקיקת חוק מיוחד לנושא כבלים[175]. רוב התחום של כבלים מוסדר על־ידי דוקטרינת השימוש ההוגן, הקובעת כמה הוראות פטור לגבי שידורי־כבלים. עם זאת, קיים בחוק רשיון־כפייה במקום שלא ניתן (לאחר משא־ומתן) להגיע להסדר רצוני עם בעל־הזכות לגבי העברת היצירה בכבלים. החוק גם קובע מתי ניתן לסרב להעניק רשיון־כפייה, לערער על שיעור התמלוגים והוראות נוספות[176].

(ג) אמנות בינלאומיות

עקרונית, יפים בנדון הדברים שנאמרו בפרק הקודם לגבי שידורים חינוכיים. אמנם קיימות כמה אמנות ספציפיות לגבי שידורי טלביזיה ולווייניים אך לא נתעכב עליהן, עקב מיעוט המדינות המתקשרות בהן[177]. אמנת רומא מ־1961 אינה חלה על זכויות

171 סעיפים 20, 68, 70, 72 ו־73 בהתאמה. סעיף 73 כפוף לשידור בתוך האיזור של האות הראשוני וכפוף לאותות must carry. ראה Cable & Broadcasting Act 1984, sec. 13.

172 ראה החוק הנזכר לעיל, בהערה 171.

173 Canada-U.S. Free Trade Agreement Implementation Act S.C.1988 C.65, Sec. 61–65; ראה: W. Noel, L.E.Harris, "A Letter from Canada" 25 *Copyright* (1989) 127, 131.

174 זהו סעיף 20. ראה A. Dietz, "A Letter from Germany — the Development of Copyright Between 1984 and the Beginning of 1989" 26 *Copyright* (1990) 58, 84–85.

175 ראה T. Doi, "Government Regulation & Copyright Aspects of Cable Television in Japan" *Cable Television Media & Copyright Law Aspects* (Paris, ed. H.C. Jehoram, 1983) 37,45–47; Cable Television Transmission Law (Law No. 114, 1972).

176 סעיפים 68, 70 ו־74 בהתאמה.

177 למשל: Satellite Convention 1974, אמנת פריז 1958 ועוד. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 250-276; Lahore (לעיל, הערה 79), עדכון 1988, עמ' 20,901.

קרובות בשידורי־כבלים, כמו של מפעיל תחנת־כבלים, והעניין אינו מוסדר אף בדינים הלאומיים של מרבית המדינות[178].

(ד) סיכום והערכה

הנושא של שידורי־כבלים הוא חדש יחסית ולכן טרם עוכל כראוי. ברוב מדינות אירופה נושא הכבלים אינו מפותח, ובדרך־כלל הוא מצוי בשליטה ממשלתית. בצרפת, לדוגמא, קיים מונופול ממשלתי על כל שידורי־הכבלים. אפילו במקום שקיימות תחנות־כבלים מועטות, אסורה העברה ללא היתר מבעל־הזכות (בכפיפות לכמה חריגים).

ביפן קיים הסדר מצומצם של רשיון־כפייה, אך שולטת בכיפה דוקטרינת השימוש ההוגן. רק בארצות־הברית קיים הסדר מפורש ומקיף של רשיון סטטוטורי. הסיבה לכך היא, שבארצות־הברית התפתח שוק הכבלים כבר בשנות הארבעים, והנסיון שנצבר בתחום רב ביותר. מבחינה זו ההתפתחויות כאן משיגות את המצב באירופה.

אשר לשאלה אם בכלל דרוש רשיון־כפייה בתחום, נראה לנו כי נכון לעשות כאן הבחנה בין אותות מקומיים לבין אותות רחוקים. כאשר השידור הוא מקומי, אין עילה לרשיון־כפייה: נגישות ממילא קיימת, כי ניתן לקלוט את האותות בטלביזיה; והיוצר אינו זכאי לשיפוי, משום שלא הורחב היקף השימוש ביצירה. מאידך גיסא, במקום ש"מייבאים" אותות, אשר באופן רגיל אינם נקלטים באותו איזור, אין ספק שההעברה מהווה פגיעה בבעל־הזכות, הואיל והרחיבו את היקף השימוש ביצירתו. כאשר יצירה מועברת בכבלים לשווקים רחוקים (שבהם טרם שודרה שידור ראשוני), נשללת מבעל־הזכות האפשרות למכור את זכות השידור לתחנות באותו איזור. על הפסד זה יש לפצותו. כאן נראה לנו, כי רשיון־כפייה הוא פתרון נכון ומוצדק שכן אם תחנות יצטרכו לקבל אישור מבעל־הזכות, עלול להיווצר מצב של הפקעת מחירים ותחרות פרועה. מאידך גיסא, רשיון־כפייה מכתיב את נקודת־האיזון בין זכויות הצדדים, תוך התחשבות בשיקולי מדיניות ראויה.

אשר לתוכן ההסדר נראה לנו, שכאן מוצדק שימוש ברשיון סטטוטורי. עם זאת, לדעתנו ההסדר האמריקני נכשל בנושא של הבטחת פיצוי הולם, כיוון שהוא קובע סכום סטטוטורי המושתת על תעריף המחושב לפי סוג השידורים המועבר, ולא לפי מספר המינויים של תחנת־הכבלים. אי לכך, הפיצוי מהווה מעין היטל. עדיף הסדר על בסיס מגוון שיקולים, דוגמת מספר המינויים, סוג התוכניות, ומספר התחנות המקומיות באותו איזור (למשל: אם אין הרבה תחנות מקומיות דווקא נרצה לעודד את תחנות־הכבלים ל"ייבא" תוכניות, ואילו באיזור שהשוק גואה נכביד עליהן). נוסף על כך, יש להביא בחשבון את הבעיות הקשורות בפרסומות השלובות בשידור הראשוני. כך, ההסדר יקבע מפתח משולב שעל בסיסו ניתן יהיה לחשב את התמלוגים, שבעל־הזכות זכאי להם באופן נוח ומהיר. חשוב רק להקפיד על עדכון תקופתי של הסכומים באופן שיתן ביטוי לכוחות־השוק. ניתן גם לשקול להקים גוף בוררות, שאליו יוכל לפנות בשעת הצורך צד המרגיש מקופח

178 Gendreau (לעיל, הערה 161), 37-39.

מן ההסדר. לדעתנו אין כאן פגיעה ביוצרים מבחינת הכפייה שבהסדר, שכן מדובר ביצירות אשר כבר נמסרו לשידור, והשאלה מצטמצמת רק להיקף העברתן.

אשר לתחנות־כבלים המשדרות תוכניות משלהן, כאן אין כל בעיה: הן מהוות מקור לשידור ראשוני של היצירה ולכן עליהן לקבל היתר לכך ולשלם תמלוגים מלאים עבור השימוש ביצירה. אין מקום לרשיון־כפייה, כי כאן מדובר בפרסום ראשון שאין לכפותו על בעל היצירה המסרב להסדר המוצע לו. לגבי שידור לא־סימולטני של שידור ראשוני נראה לנו, כי גם כאן אין מקום להסדר־כפייה, אלא די בדין הקיים לטיפול בסוגיה.

4. רשיון־כפייה לגבי הפצת ספרים

(א) כללי

לאחר הדיון בתחומי המוסיקה והשידורים, נעבור לתחום הספרותי. דיון זה יתחלק לשלושה נושאים, אשר לכל אחד מהם נקצה פרק־משנה נפרד: הראשון יעסוק בפן ההפצה, השני — בזכות ההתאמה (נתמקד בסוגיית התרגום), והשלישי — בבעיית השיעתוקים.

רשיון־כפייה לגבי הפצת ספרים הוא העתיק ביותר, ולמעשה הוא קיים מאז חוק זכות־היוצרים הראשון (כפי שיפורט להלן במסגרת החוק האנגלי). אין תימה על כך, שכן זהו לא רק אחד העתיקים ביותר מבין כל סוגי היצירות, אלא שלהכדיל ממקרים אחרים (כמו ציורים ופסלים), המצאת הדפוס כבר לפני מאות שנים סללה את הדרך לשכפול יצירות בכמויות גדולות. בתחומים האחרים גובשה טכנולוגיה להעתקה של יצירות רק בעת החדשה.

עד כה עסקנו בהסדרי־כפייה הנוגעים לשחזור יצירה, לשיעתוקה או להצגתה. עתה נעסוק בפן ההפצה. ההדפסה של ספרים נעשית בבתי־דפוס. הפיקוח על הייצור פשוט יחסית, וגם קל לדעת כמה עותקים נמכרו למעשה ומהו היקף התמלוגים שבעל־הזכות זכאי לו. הבעיה מתמקדת בשאלת היקף ההפצה של היצירה: למי יש זכות להחליט בכמה עותקים יופץ ספר, והאם ניתן לקבוע שהוא יופץ רק במדינה מסוימת או רק בשפה מסוימת (בכך, כאמור, נדון בפרק־המשנה הבא). להלן נראה כיצד ניסו להתמודד עם שאלות אלו.

(ב) אמנות בינלאומיות

הפעם בחרנו לפתוח דווקא בפרק על אמנות בינלאומיות, וזאת משום שמרבית המדינות קלטו בחוקיהן הפנימיים את ההוראות של האמנות[179]. אמנת ברן מקנה לסופרים מכל העולם (גם ממדינות שאינן צדדים לאמנה) הגנה על יצירותיהם בכל ״מדינות ברן״ (המדינות המתקשרות באמנה), וזאת ללא צורך בתנאים מוקדמים (למעט מקרים שהיצירה פורסמה תחילה במדינת ברן; או שאם התפרסמה במדינה שאינה כזו, היה פרסום מקביל במדינת ברן[180]). האמנה תוקנה בוועידת בריסל

179 Lahore (לעיל, הערה 79), 392-396.

180 סעיף 5 לאמנה. ההוראה הזו היתה אחת הסיבות לכך שארצות־הברית נמנעה במשך שנים מלהצטרף לאמנת ברן וזאת עקב סירובה להתאים את דינה הפנימי להוראות האמנה (היו בה תנאים נוספים

ב־1948 באופן המעניק ליצירות הגנה למשך 50 שנה לאחר מות היוצר[181]. לפני התיקון היה הנושא כפוף לחוקים הפנימיים של המדינות החברות. שתי הוראות אלו גרמו לכך שכל המדינות אשר אשרדו וקלטו את הנוסח הזה של האמנה ביטלו את הסדרי־הכפייה שהגבילו את זכויות הסופר לאחר מותו (כפי שיוסבר להלן).

אמנת UCC — המוקדשת, כאמור, ברובה לתחום הספרותי — קובעת, כי יצירות של אזרח של מדינה מתקשרת, או יצירות שהודפסו לראשונה בגבולות מדינה מתקשרת, מוגנות בכל המדינות המתקשרות. מותר למדינה להוסיף הנחיות פנימיות כרצונה, כל עוד אין היא מפלה לרעה זרים, ומכאן שמותר לגבש רשיונות־כפייה[182]. כך יכלה ארצות־הברית (בכפיפות לתיקונים קלים) להצטרף לאמנה, וקנדה יכולה לשמר את רשיונות־הכפייה שלה.

(ג) הדין בקנדה

בניגוד ליתר המדינות שבהן עסקינן, לא אשררה קנדה את נוסח ועידת בריסל של אמנת ברן[183]. לכן נותרו שם בתוקף כמה הסדרי־כפייה, אשר מקורם בקליטת הוראות החוק האנגלי של 1911 בחוק זכות־יוצרים הקנדי, ומאז הן לא שונו[184]. ניתן להצביע על ארבעה הסדרי־כפייה להפצת ספרים בחוק הקנדי:

(1) **מכירה 25 שנה לאחר מות היוצר**[185]. בחלוף 25 שנה מפטירת היוצר ניתן להדפיס את היצירה לצורכי מכירה, ללא אישור בעל־הזכות, אם נשלחה לו הודעה ושולמו לו תמלוגים. ההסדר חל רק על יצירות שפורסמו בעבר, והוא מתייחס רק להדפסת היצירה ולא לשימוש אחר כמו ביצוע פומבי שלה. אם היצירה לא הופצה במהלך חייו של היוצר, אלא רק לאחר מותו, המירוץ של 25 שנה מתחיל עם הפרסום[186]. נראה, כי יש חובה להדפיס את היצירה במלואה כפי שהיתה. ניתן לפרסם בקובץ אחד כמה יצירות של יוצרים שונים, אולם חישוב מפוצל של התמלוגים ייעשה רק במקום שהדבר אפשרי[187].

(2) **הבטחת הפצה לאחר מות היוצר**[188]. לאחר פטירתו של מחבר יצירה ספרותית, דרמטית או מוסיקלית שפורסמה, אם בעל־הזכות ביצירה מסרב לאפשר להדפיס עותקים נוספים שלה — ועקב כך היא נשללת מן הציבור — יינתן רשיון־כפייה להדפסתה מחדש ולהפצתה, בכפיפות לתנאים שייקבעו על־ידי מי שהחוק מסמיכו

כמו החובה להפקיד עותק מיצירה בספריית הקונגרס או החובה לציין על־גבי יצירה את היותה מוגנת בזכות־יוצרים). כאמור, המצב השתנה: D. Spector, "Implications of The United States Adherence to the Berne Convention" *EIPR* (1989) 162, 166–167; Ricketson (לעיל, הערה 24), 400-403.

181 בוועידת בריסל 1948 תוקן סעיף 7.

182 סעיף III לאמנה.

183 קנדה אשררה רק את נוסח אמנת רומא וחלק מאמנת שטוקהולם. ראה לעיל, הערה 26.

184 H.G. Fox, *The Canadian Law of Copyright & Industrial Designs* (Toronto, 2nd ed., 1967) 300–311; Bogsch (לעיל, הערה 31), 255–256; D.Vaver – Canada, 84–94; Nimmer (ibid, 73).

185 סעיף 8(1), לשעבר 7(1), המקביל לסעיף 3 בחוק האנגלי של 1911.

186 סעיף 7, לשעבר 6.

187 *Osbourne* v. *Dent and Sons Ltd.* (1925) 1 Ch. 369, 376.

188 סעיף 15, לשעבר 13, המקביל לסעיף 4 בחוק האנגלי של 1911.

nevo.co.il

לכך. ההסדר חל רק על יצירות שפורסמו ורק לאחר מות היוצר. ההסדר חל גם על ביצוע (כפי שראינו בפרק־משנה 2). נציין, כי לא ידוע על מקרה שבו נעשה שימוש בשני ההסדרים דלעיל.

(3) **הבטחת הדפסת יצירה בקנדה**[189]. יצירה שבעל הזכות בה אינו מדפיס אותה בקנדה או מונע את הדפסתה בקנדה, או יצירה שאין מספקים לגביה את דרישת הציבור הקנדי לעותקים — כל אחד יכול לפנות ולבקש רשיון לעשות כן, בכפיפות לתשלום תמלוגים בשיעור שייקבע. אולם הסעיף חל אך ורק על יצירות שהודפסו כבר בחו״ל.

(4) **הדפסת ספרים בצורת סדרה**[190]. זהו רשיון להדפיס ספרים בצורת סדרה, אם הם הודפסו כך במקור במקום אחר, ואילו בקנדה בעל־הזכות ביצירה מסרב לעשות כן.

יש לשים לב שהסדרים 2-4 דלעיל חלים אך ורק על יצירות של יוצרים ממדינות מסוימות, כמוגדר בחוק[191].

(ד) ישראל, אנגליה וארצות־הברית

אם כי נוכח הוראות האמנות דלעיל, אין בישראל, באנגליה או בארצות־הברית רשיונות־כפייה בתחום זה, ראוי להדגיש כמה נקודות. בתחום הנדון שימש החוק האנגלי דגם מוביל ומנחה[192]. כפי שצוין, חוק זכות־יוצרים הראשון בהיסטוריה היה החוק של המלכה אן מ־1709. במשך שנים רבות לפני־כן היו כל ההדפסות באנגליה תחת סמכות ה־Star Chamber הידוע לשמצה, אשר הנפיק רשיון מונופוליסטי בנדון לגוף מסוים של מדפיסים ומשפג הרשיון ב־1694, פנה אותו גוף מדפיסים למלכה בבקשה שתגן עליו ותעזור לו בשימור המונופול. כך נולד החוק של המלכה אן. חוק זה גם קבע את רשיון־הכפייה הראשון, שהתייחס להפצת ספרים. היה זה הסדר־כפייה ״פרימיטיבי״, שכן הכפייה לא התייחסה להפצה של הספר אלא למחירו, ולמעשה היה כאן הסדר פיקוח על מחירים. בכל־זאת היה בכך איתות ראשון מן המחוקק, כי המונופול שהעניק ליוצר אינו מוחלט ותיתכן התערבות חיצונית בו. מגמתה של התערבות זו נשמרה לאורך החוקים השונים ושוכללה עם הזמן, עד לתיקון האמור של אמנת ברן, שבעקבותיו בוטלו באנגליה כל רשיונות־הכפייה לגבי הפצה של ספרים.

בישראל עדיין חל החוק האנגלי מ־1911, אולם בעקבות תיקון אמנת ברן בוטלו הסעיפים שבהם עוגנו רשיונות־הכפייה להפצת ספרים.

אשר לחוק האמריקני[193] — אם עד כה ראינו אותו כמוביל ומחדש, הרי בתחום

189 סעיפים 16 ו־21, לשעבר סעיף 14.

190 סעיף 22, לשעבר סעיף 15.

191 סעיף 26(4), לשעבר סעיף 16(8), קובע, כי ההסדרים חלים על יצירות של יוצרים שהם נתינים בריטיים (כלומר: ממדינות החברות בחבר־העמים הבריטי), אך זאת להוציא אזרחים קנדיים או אזרחי ״מדינות ברן״ שאשררו גם את הפרוטוקול הנוסף.

192 J. Feather, "Authors, Publishers & Politicians – the History of Copyright and the Book Trade" *EIPR* (1989) 377 ; Latman (לעיל, הערה 57), 1-2.

193 Seltzer (לעיל, הערה 41), 69-70.

הספרות הוא הושפע מהמשפט האנגלי וחסה בצלו. חוק זכות־יוצרים ראשון בארצות־הברית נחקק ב־1783, אך כחוק של אחת ה־states. בין השנים 1783-1786 חוקקו ארבע states חוקי זכות־יוצרים ובהם הוראות של רשיון־כפייה לגבי ספרים שלא נמכרו בכמות מספקת או שמחירם היה מופרז (לדעת בית־המשפט). ב־1789 נכנסה לתוקפה החוקה של ארצות־הברית, וזכות־היוצרים עוגנה בה במפורש. לאחר־מכן, ב־1790, נחקק חוק זכות־יוצרים פדרלי. חוק זה דמה מאוד לחוק האנגלי מ־1709, אך הוא לא כלל את רשיון־הכפייה לגבי הפצת ספרים וזה המצב עד היום. אין בארצות־הברית כל רשיון־כפייה בנדון, ועקרונית שולטים בה כוחות־השוק. כך נקבע, שייבוא לתוך ארצות־הברית של עותקים מסֵפר אשר הודפס באופן חוקי בחו"ל — ללא היתר של בעל־הזכות בארצות־הברית — מהווה הפרה של זכות הבלעדיות שלו, ואין נפקא מינה אם הספרים אינם בדפוס או בתפוצה בארצות־הברית[194]. מעניין, כי גם לפני שארצות־הברית התקשרה באמנת ברן (ולכן לא היתה מוגבלת בעניין) היא לא עיגנה כל הסדרי־כפייה בנדון.

(ה) סיכום והערכה

ראינו, כי קנדה היא היחידה (מבין המדינות שנבדקו) שבה יש הסדרי־כפייה בתחום הנדון. לגבי הפצת ספרים אין כל שיקול טכנולוגי, והשאלה היא אך ורק של מדיניות: במדינה הרוגלת בגישה שזכות־היוצרים מיועדת להגן על הציבור — וניתן לסייגה ולהגבילה — תהיה נטייה להתערב כדי להבטיח הפצת ספרים. מאידך גיסא, מדינה הרואה במרכז ההגנה את היוצר, לא תטיל עליו כל הגבלות לגבי שיווק ספריו (כך המצב בקונטיננט האירופאי). אבל יש לשים לב, כי במדינות רבות בוטלו ההגבלות שהיו בתחום עקב תיקונה של אמנת ברן.

השאלה אם רצויים הסדרי־כפייה היא אקדמית לנוכח הוראות אמנת ברן, אך בכל־זאת כדאי לעיין בה. לדעתנו, בנושא זה, כמו בנושא ההעברה בכבלים של יצירה ששודרה בטלביזיה, ליוצר יש אמנם זכות למנוע את פרסום יצירתו, אולם משנתפרסמה אין לו זכות לקבוע את היקף הפצתה. לפיכך, בכל הנוגע להוראות המעוגנות בהסדרים 2-4 בחוק הקנדי דלעיל, נראה לנו כי יש מקום להסדר־כפייה כדי להגן על נגישות הציבור. לאחר שהיצירה התפרסמה, אין לאפשר את הפסקת הפצתה או את הגבלתה. מאידך גיסא, רשיון־הכפייה בהסדר הקנדי 1 מבטא התערבות שרירותית במונופול של בעל־הזכות. אמנם, ההתערבות באה 25 שנה לאחר מותו, אך עדיין זו התערבות בלתי־לגיטימית. בניגוד למקרים האחרים, שבהם ההתערבות נובעת משיקולי פגיעה בנגישות הציבור, כאן אין הנחה בדבר מחסור בעותקים מהיצירה. מקובל בעולם, שמשך ההגנה של זכות־יוצרים הוא חיי היוצר ועוד 50 שנה. לא נראה שיש הצדקה להתערב באמצעות רשיון־כפייה במחציתה של התקופה. הרי לכאורה ניתן לנקוט גישה שכזו לגבי זכות־היוצרים בכללותה, אז מדוע רק ביחס לספרים?

194 *Hearst Corp.* v. *Stark* 639 F Supp. 970, 974–975 (1986).

5. רשיון־כפייה לגבי תרגום ספרים

(א) כללי

בדומה לסוגיה הקודמת, עיקר הבעיה כאן היא שאלת יכולתו של בעל־זכות לסייג את היקף התפוצה של יצירתו ולהגביל את נגישות הציבור אליה. אלא, שבפרק־המשנה הקודם דנו בהגבלה הנוגעת להפצה, ואילו כאן מדובר בהגבלה מסוג אחר — הגבלה על זכות ההתאמה, קרי: הזכות להכין יצירה נגזרת של היצירה המקורית — ובאופן ספציפי הזכות לתרגמה. נוסף על כך ניתן לומר, שאי־תרגום חורג מהמסגרת של זכות ההתאמה, שכן יש בכך גם משום הגבלה על התפוצה בתחומי שפה מסוימת.

(ב) אמנות בינלאומיות

שוב נפתח בפרק על אמנות בינלאומיות, שהשפעתן בתחום זה מכרעת. העניין מוסדר באמנת ה־UCC[195]. העיקרון הוא, כי ליוצר מסורה זכות תרגום בלתי־מוגבלת, לרבות הזכות להדפיס את התרגום, להסמיך אחר לתרגם ולהסמיך אחר להדפיס את התרגום (שהוא למעשה החלק החשוב בזכות[196]). מלשון האמנה נראה כי אסור תרגום אפילו לצורך שימוש אישי, אך במדינות רבות קיים פטור ביחס לתרגום לא־מסחרי.

רשיון־כפייה לתרגום יצירה יוענק בהתקיים אחד משני תנאים: (א) אם בעל־הזכות לא עשה שימוש בזכותו במשך שבע שנים מיום הפרסום הראשון של היצירה ולא יצא לאור תרגום מאושר על־ידו בשפה הלאומית של ארץ כלשהי (לאו־דווקא השפה הרשמית); (ב) אם פורסם תרגום, כאמור לעיל, אלא שכל המהדורות אזלו וחלפו יותר משבע שנים מיום הפרסום הראשון של היצירה. בקרות אחד האירועים הללו יכול כל אדם לקבל רשיון־כפייה לתרגום היצירה, ובלבד ששמו של המחבר יופיע על כל עותק ושהוא יקבל תמורה הוגנת ומתאימה. רשיון־הכפייה אינו גורף; הוא מעניק רק זכות תרגום והדפסה, ולא זכות לבצע פעולה אחרת שיש בה משום הפרה. ראוי לזכור, כי תרגום מהווה יצירה נגזרת ולכן הוא חייב להיות נאמן למקור (חובה שהיא גם פועל יוצא של הזכות המוסרית של היוצר). האמנה אכן קובעת שאסורים שינויים מעבר לנדרש מעצם התרגום.

ההסדר חל רק על יצירות שפורסמו ויש לו רק אופי טריטוריאלי, קרי: הרשיון חל אך ורק בגבולותיה של מדינה מסוימת. מירוץ הזמן של שבע השנים מתחיל אפילו אם הפרסום הראשון היה בלתי־חוקי. יצוין, כי ההסדר דיספוזיטיבי ורק מדינה החפצה בכך תאמץ את הוראותיו בחוקיה הפנימיים, אולם אסור לקבוע הסדר־כפייה אחר, הגורע מהוראות האמנה (אך מותר להוסיף עליהן — האמנה

195 סעיף 5 לאמנה. ראה Bogsch (לעיל, הערה 31), 58-67; Stewart (לעיל, הערה 24), 150-154; Nordemann (לעיל, הערה 24), 265-273.

196 זכות התרגום וההדפסה נתונה ממילא לייצר ואין הרבה משמעות כלכלית למתן היתר תרגום לאחר. מה שחשוב זה ההדפסה וההפצה של העותק המתורגם.

מציבה רף של הגנה מינימלית ליוצר). במציאות, אימצו לעצמן כמה מדינות את ההסדר, דוגמת יפן[197]. לגבי מדינות מתפתחות קיימות הוראות מיוחדות, שהן נוחות יותר ומיטיבות עמן[198].

קיימת מחלוקת לגבי היקפו של ההסדר לאור פירוש המילה writings באמנה. נטען, כי המונח כולל רק חומר כתוב של יצירות לא־דרמטיות. אך יש הסבורים, כי אין סיבה שההסדר לא יחול גם על יצירות דרמטיות, פרוזה, מלים ולחנים של יצירות מוסיקליות ואולי אף על יצירות מוסיקליות, אמנותיות וסרטים[199].

אשר לאמנת ברן, זו מקנה לבעל־היצירה זכות תרגום בלעדית במשך כל התקופה שמוענקת לו הגנה ביצירה[200]. אולם זהו תיקון מ־1908, ולא כל המדינות חייבות לקבלו. מי שלא מקבלו, חל עליו ההסדר הקודם, שקבע זכות כזו רק במשך עשר שנים. הדבר אולי מסביר מדוע רק מדינות ספורות עיגנו בחוקיהן את הסדר־הכפייה המוצע באמנת UCC. למדינות מתפתחות קיים הסדר מיוחד בנספח לאמנה.

(ג) ישראל, אנגליה וארצות־הברית

בארצות־הברית, באנגליה[201] ובישראל[202] זכות התרגום היא חלק מהזכויות הבל־עדיות המסורות ליוצר, ואין רשיון־כפייה בנדון.

(ד) סיכום והערכה

עינינו רואות, כי כאן קיים הסדר־כפייה אחד ויחיד — של אמנת UCC — וגם הוא כמעט שלא אומץ, כנראה נוכח הוראת אמנת ברן. כשם שהבענו את דעתנו לגבי הפצת יצירות, כי יש מקום לרשיון־כפייה (ובלבד שזו יצירה שנתפרסמה ונפגעת נגישות הציבור), כך גם כאן נראה לנו כי יש מקום להתערב בשאלת תרגום היצירה ככל שהדבר נוגע לפן של היקף התפוצה שלה. ואולם צריך לזכור שקיים פן חשוב אחר, לאמור: הפגיעה בזכות ההתאמה. אמנם, הכנת תרגום של יצירה משפיעה על תפוצתה, אך בראש־ובראשונה זו הכנתה של יצירה חדשה, שבה מושקע עמל מקורי של המתרגם. במלים אחרות: היצירה המקורית עוברת טרנספורמציה מסוימת. למרות זאת נראה לנו, שיש מקום לרשיון־כפייה, בפן הספציפי של תרגום יצירות, מבלי ליצור כלל גורף ביחס לזכות ההתאמה בכללותה, משני טעמים:

ראשית, אמנם תרגום מתבטא בהכנת יצירה נגזרת, אך נותרים בגדר אותו המדיום, שלא, למשל, כמו במקרה של המחזת סיפור. לכן אין כאן פגיעה של ממש ביוצר המקורי: מתערבים רק במדיום שבו היוצר מיצה את הפוטנציאל הראשוני שלו, וזאת כדי להבטיח את נגישות הציבור בכל השפות ואין שוללים

197 Nimmer (ibid, 73): T.Doi – Japan, 57.

198 אלו סעיפים Vbis, Vter, Vquater. הסעיפים תוקנו בוועידת פריז 1971 כדי שיתאימו לנספח של אמנת ברן. ראה Stewart (לעיל, הערה 24), 160-172; Nordemann (לעיל, הערה 24), 273-301.

199 Lahore (לעיל, הערה 79), 395-396.

200 סעיף 8 לאמנה. ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 384-389.

201 סעיפים 106 ו־21 בהתאמה.

202 בלום (לעיל, הערה 76), 91; וכן ראה: ע״א 691/66 פילמטכניק (ישראל) בע״מ נ׳ פקיד השומה, פ״ד כא(2) 642, 645.

ממנו אפשרות להתפתח לכיוון מדיום אחר. שנית, כבר הבענו את דעתנו, כי אין מקום להגבלות על ההפצה של יצירה. משהחליט יוצר לפרסם את יצירתו, אין סיבה שההנאה ממנה תוגבל לדוברי שפה מסוימת. אין אנו חיים בקומונות סגורות או בשבטים המנותקים זה מזה, והעולם כולו מהווה שוק מידע נרחב. כיוון שמאז מגדל־בבל אין בעולם שפה אחת, חיוני לאפשר תרגום יצירות לכל השפות כדי לתת ביטוי דה־פקטו לחופש זרימת המידע.

אמנם, זהו רק צִדו האחד של המטבע, שאם לא כן היה מקום לפטור בנוגע לתרגום. מצד שני, חשוב לזכור כי הכנת תרגומים ליצירות היא אחת ממקורות הפרנסה החשובים ליוצר, ולכן אין מקום לקבוע פטור מלא שיאפשר לכל אדם לתרגם את יצירותיו של אחר.

האיזון הראוי בין השיקולים דלעיל נמצא בדמותו של רשיון־כפייה. ההסדר המעוגן באמנת UCC הוא — לדעתנו — הפתרון הראוי. היוצר מקבל מונופול ראשוני למשך שבע שנים לפחות (שלדעתנו, מהווה זמן סביר בשל האופי הידני של תרגום) ולאחר־מכן פועל רשיון־כפייה. הדבר משמש להבטיח את הפצתן של יצירות ברחבי העולם ואת פיצוי היוצר כאחד.

לבסוף מצאנו לנכון להוסיף משהו על היחס בין זכות התרגום לבין הזכות המיכנית בתקליטים. בשני המקרים מדובר למעשה בזכות להפיץ יצירה לציבור בלבוש חדש, מבלי לגרוע במהות שלה. למה הכוונה? בזכות המיכנית נוטלים שיר הקיים בציבור, ולכאורה אין לציבור צורך בביצוע נוסף, ומתירים זאת. ואילו לגבי תרגום, היצירה קיימת בשפה אחת וממירים אותה לשפות אחרות. ואולם קיים הבדל בין השניים, שכן בזכות המיכנית קהל־היעד נותר זהה בעיקרו; ואילו בתרגום, הרעיון המרכזי הוא להביא את היצירה לקהל־יעד חדש, ועל כך ראוי היוצר לפיצוי. לכן מסקנתנו כאן שונה מזו לגבי הזכות המיכנית.

6. רשיון־כפייה לשיעתוק במכונת־צילום

(א) כללי

זהו פרק־המשנה השלישי והאחרון במסגרת התחום הספרותי, והוא עוסק בסוגיה חדשה יחסית, שהיא כיום אחת הבעייתיות ביותר בתחום זכות־היוצרים. מדובר בתופעה של שיעתוק ספרים ויצירות מוגנות באמצעות מכונת־צילום[203]. בעיית השיעתוק, אשר קיבלה מימד חדש עם המצאת מכונת־הצילום, מעלה ביתר־שאת לא רק את שאלת היקף התפוצה של יצירה, אלא, ובעיקר, את שאלת זכות היוצר לתמלוגים; שהרי ברור, כי כל צילום מהווה העתקה מדויקת של היצירה (כולה או חלקה). אמנם, בעיית השיעתוק של ספרים אינה חמורה כמו בעיית השיעתוק במוסיקה — משום שציוד־הקלטה נמצא בכל בית, בה־בשעה שמכונות־צילום טרם זכו לכך ומשום שמרבית ההפרות הן למטרות לימוד ומחקר, ולא (כמו במוסיקה) לצורכי בידור — אך אין ספק שהיא פוגעת קשות ביוצרים, הגם שהיקפה המדויק

203 Project, "New Technology and the Law of Copyright: Reprography & Computers" 15 *UCLA L.R.* (1968) 939, 939–974; Breyer (לעיל, הערה 41), 284-337, 350-351.

של הבעיה אינו בר־אומדן. לעתים קרובות משתלם יותר לצלם ספר־לימוד שלם מאשר לרכוש אותו במחיר מלא בחנות־ספרים.

אם כי המצאת מכונת־הצילום מונחת ביסוד נושא הדיון, הבעיה לא צמחה בן־לילה: מכונות־הצילום הראשונות עבדו על עיקרון של "צילום רטוב" שהיה מסורבל, יקר ואטי. המכונות היו נדירות ויקרות ולא היוו איום רציני על תעשיית הדפוס. בתחילת שנות החמישים חלה תפנית חשובה, כשחברת Xerox המציאה את מכונת־הצילום הראשונה העובדת על "צילום יבש". זו כבר מכונה במתכון המוכר כיום, המאפשרת לבצע צילום זול, בפשטות ותוך שניות. עם התקדמות הטכנולוגיה, מחיר המכונות הלך ונעשה זול, העלות של כל צילום ירדה וגם מהירות המכונות ופשטות הפעלתן השתפרו והגבירו את תפוצתן. המכונות, שעד כה היו בעיקר בידי מוסדות גדולים כמו ספריות ואוניברסיטאות, נכנסו בהיקף נרחב למשרדים והפכו לפריט סטנדרטי בשימוש יומיומי של מיליוני אנשים ברחבי העולם. כיום אנחנו ניצבים בפתחו של עידן חדש, שאמור להחריף את הבעיה: המכונות החלו לחדור לבתים פרטיים, והצפי הוא שבעתיד הן יהוו ציוד סטנדרטי בכל בית — דבר שיהפוך את הפיקוח בתחום לבלתי־אפשרי.

מכונות־הצילום מסכנות באופן ישיר את זכות־היוצרים ביצירה, כאשר יש מקום להבחין בין שני סוגי הפרות: מסחרית ושימוש עצמי. הפן המסחרי מתייחס לשיעתוק ספרים שלימים ומכירתם באופן מתחרה למקור. הטכנולוגיה מאפשרת לשעתק יצירות תוך חיסכון כלכלי (בדפוס רגיל רק ייצור המוני כדאי כלכלית) ולמוכרן הרבה יותר בזול מהמקור בצורה שעלולה לצמצם מאוד את היקף המכירות של הספר המקורי. למרות חשיבותו של הפן המסחרי, לא נעסוק בו כאן. אחרי ככלות הכול, ההפרה על בסיס מסחרי דורשת ציוד לשיעתוק המוני ולהפצת המוצרים המועתקים — דבר המקל על איתורה. אותנו מעניין פן אחר, הנוגע למצבים שבהם אדם מצלם ספר — ולרוב רק חלק קטן ממנו — לצרכים עצמיים.

לכאורה אין בכך כל פסול, במקום שאין השיעתוק מהווה תחליף לרכישה. אך מתברר כי הנחה זו אינה נכונה במקרים רבים, כאשר עיקר הבעיה הוא לגבי כתבי־עת וספרות מדעית, אשר תפוצתם אינה רחבה ובדרך־כלל עלותם גבוהה, כי היקף המכירות שלהם מוגבל יחסית. מכונות־הצילום מאפשרות עתה לשאול ספר או חוברת מדעיים ולצלמם בחלק מזערי ממחירם, מה גם שלרוב מתעניינים רק בחלק מן הספר או החוברת (זה מקשר אותנו לבעיית ההשאלות, שתידון בפרק־המשנה הבא). בדיקה שנערכה בארצות־הברית — שבה, לפי הערכה שנעשתה בשנת 1968 כבר היו למעלה מ־800,000 מכונות־צילום — מצאה שהפגיעה הקשה ביותר אכן היתה ביחונים מדעיים, שרבים מהם נסגרו עקב ירידה דרסטית בהיקף המכירות[204]. כלומר: היבט אחד של הפגיעה ביצירות ספרותיות בפן של שימוש עצמי נוגע לאותם מקרים שבהם השיעתוק מהווה תחליף לרכישה.

היבט אחר נוגע לנזק המצטבר הנגרם ליוצרים מכך, שהציבור נהנה מיצירותיהם בחינם ומתרגל לרעיון שאין צורך לרכוש את היצירות. מרבית חוקי זכות־היוצרים (כמו, למשל, באנגליה) מתירים צילומים במסגרת דוקטרינת השימוש ההוגן, בעיקר

204 Project (לעיל, הערה 203), 944.

למטרות לימודים, עקב הבעייתיות באכיפה והעובדה שבמקרים רבים נראה כי לא מוצדק לחייב בתשלום. אלא שבמציאות קשה להבחין בין שימוש הוגן לבלתי־הוגן. גם במדינות שבהן החוקים מקנים ליוצר זכות נוקשה עם מעט פטורים (כך, למשל, המצב בצרפת), אין בכך לפתור את הבעיה: רצון הציבור לבצע הפרות הוא גדול, הפיקוח מזערי, ומכל־מקום לא כדאי לתבוע אדם יחיד בגין שיעתוק שנעשה שלא לשימוש מסחרי. הנזק ליוצר אינו נובע מהפרה של אדם יחיד, שבדרך־כלל מסתפק בעותק יחיד, אלא מן התוצאה המצטברת של ״צילום אחד״ שעושים הרבה אנשים. עם התפשטות היקף ההפרות לממדים שהן מגיעות אליהם כיום, הבינו המדינות כי לא ניתן עוד להתעלם מבעלי־הזכויות, ודרושה גישה חדשה, שאמנם תתחשב ברצון הציבור לנגישות ליצירות, אך תעניק פיצוי לבעלי־הזכויות. טיפול בבעיית השיעתוקים חייב להיעשות כמכלול, יחד עם בעיית ההשאלות של ספרים. ישנה טענה, שמחוקק הדוגל בתשלום בגין השאלה בהכרח יקבע גם הסדר שיפוי בגין צילומים, ואילו מחוקק הדוגל בהשאלה חופשית יפטור גם את הצילומים[205]. אולם לנו נראה, כי דווקא הסדר שיפוי בגין השאלה יכול לאפשר לצלם באופן נרחב, ואילו שיפוי בגין צילומים יכול לאפשר גם השאלה חינם: בצורה זו לא ייווצר מצב של כפל פגיעה ביוצר היוצא קרח מכאן ומכאן וגם אין כפל קנס על הציבור.

הפתרונות הסטנדרטיים — איסור מוחלט, הגבלה טכנית, היטל על צילומים במסגרת מחירו של כל צילום — נזקם רב על תועלתם. יש לזכור, כי להבדיל מבעיית השיעתוק במוסיקה, המתייחסת בעיקר ליצירות מוגנות (מעטים מעתיקים או משדרים יצירות של עצמם), הרי חלק נכבד מן הצילומים נעשה עם חומר אישי, לא מוגן או חומר פטור (מסיבות כמו צורכי לימוד ומחקר). לכן קיים קושי להטיל היטל על כל צילום ללא הבחנה. נוסף על כך יש לזכור, כי ציוד הקלטה קיים כמעט בכל בית, בעוד שמכונות־הצילום עודן מצויות בעיקר בגופים ציבוריים ומוסדות־חינוך לא־מסחריים ולכן היטל גורף על המכונה עצמה (כמו היטל בנוגע לציוד־הקלטה) יגרום פגיעה במוסדות ללא כוונת רווח. איסור בכפיפות לפטור של שימוש הוגן אינו פותר את הבעיה, שכן עיקר הנזק ליוצרים הוא בדיוק בתחום של שימוש הוגן, והנזק המצטבר לא מאפשר להמשיך ולהתיר שימושים אלו. כמו־כן בפרקטיקה לא ניתן להתוות קו־הבחנה ברור וברור־פיקוח בין שימוש הוגן לבלתי־הוגן במכונת־צילום, והדוקטרינה רק משמשת מחסה להפרות. לעומת זאת, ביטול גורף של הגנת שימוש הוגן תגרום פגיעה קשה בציבור. אשר לרשיון־כפייה כמובן הצר, לכאורה ברור שהוא לא ישים כאן. לא ייתכן לדרוש מכל אדם — לפני שהוא משעתק יצירה — לחפש את בעל הזכות בה, כדי לקבל רשיון. גם לא הגיוני לחייב בתשלום תמלוגים על כל צילום. קיימים עוד פתרונות אחדים[206], אך לא נתמקד בהם, שכן עסקינן רק בהסדרי־כפייה. לאחר שעמדנו על החסרונות של כל הפתרונות השגורים, נראה מה עשו המדינות השונות.

205 J.M. Treece, "Library Photocopying" 24 *UCLA L.R.* (1976–1977) 1025, 1026.

206 לוינסון (לעיל, הערה 19), 455-457.

(ב) ההסדרים הנוהגים בעולם

(1) החוק הגרמני — אב־טיפוס של הסדר

כמו סוגיית השיעתוק במוסיקה, כך גם ביחס למכונות־צילום, גרמניה מקדימה את שאר העולם בטיפול בבעיה. בגרמניה התחבטו במשך שנים בנושא ובקשיים הכרוכים בהטלת היטל לגבי צילומים. אולם עם גבור היקף ההפרות לממדים אסטרונומיים[207] הבינו כי דרוש שינוי. כאשר הוחלט על הוספת היטל קלטות ריקות לחוק החליטו לחוקק פתרון חלקי גם לבעיית הצילומים. ההסדר החדש יוצר שילוב בין פטור להיטל: עקרונית, מוענקת ליוצר זכות בלעדית לשיעתוק היצירה — בכפיפות לפטורים שונים (שימוש פרטי, מדעי, הוגן) המכרסמים בה בצורה ניכרת — אך דואגים לפיצוי היוצר באמצעות היטל על ציוד־צילום[208]. כלומר: מפעילים שיטה של רשיון־כפייה. ההיטל מבוסס על שיטה משולבת: קיים היטל המוטל על הציוד עצמו, המשולם על־ידי היצרן או היבואן. גובהו של היטל זה נקבע לפי מפתח מיוחד, המביא בחשבון את סוג המכונה ואת קצב הצילום שלה (כמה עותקים לדקה). נוסף על כך קיימת אפשרות להטיל היטל על המפעיל: במוסדות מיוחדים, בעיקר חינוכיים ולימודיים או בחנויות־צילום, שבהם היקף ההפרות גדול, יבצעו סקר על ממדיהן ובהתאם לכך ייקבע היטל משלים. אולם גם כאן קיים מפתח מיוחד הממיין את הגופים הללו לשש קטיגוריות לפי צפי של היקף ההפרות[209]. החוק קובע מפתח גמיש הכפוף לדיונים ולמשא־ומתן בין הצדדים. קיימים מקרים שבהם מעדיפים להגיע להסכם שנתי המבוסס על הערכה על בסיס מדגם ייצוגי. נעיר, כי להבדיל מהרבה מדינות אחרות אין אחריות של בעל־המכונה להפרות שנעשו בה. בכך הצליחו בגרמניה להתגבר על מרבית הבעיות שהצגנו במבוא. מביאים בחשבון הן את מיקום המכונה הן את הקצב שלה, וכך ניתן להגיע לחישוב די מדויק של תמלוגים הוגנים שישתלמו מכוח ההיטל. מנגד, מובטח (ככל הניתן) שלא יוטל היטל על מפעילי מכונות המשמשות בעיקרן לשיעתוק חומר לא־מוגן, כגון במשרדים.

הסדר־לוואי בחוק הוא האפשרות להוסיף סכום מסוים על מחיר מינוי של כתב־עת ובתמורה ניתן אישור לצלם ממנו. אבל ההסדר חל רק לגבי צילום למטרה מסחרית ורק על כתבי־עת[210]. נראה לנו, כי הסיבה לכך היא, שבתחום המסחרי כמויות הצילומים הן כאלו שמסורבל מדי להתמודד עמן בשיטה הרגילה, ולכן מציעים הסדר נוח יותר לשני הצדדים. יש להניח, שהמחוקק חזה חוסר־היענות בסקטור הפרטי, שכן קשה לחשוב מדוע אנשים ירצו לשלם תוספת עבור דבר שממילא ביכולתם לעשותו בחינם מבלי חשש מתביעה, בשל בעיות האכיפה

207 מצאו שיש קרוב למיליון מכונות־צילום שעליהן צולמו כ־25 מיליארד עותקים, מהם כעשירית, יצירות מוגנות. ראה Moller (לעיל, הערה 89), 45-46; P.F. Burger, "The New Photocopy Renumeration Provisions in the Federal Republic of Germany and their Application to Foreign Authors Under International Copyright Law" 19 *IIC* (1988) 319, 320.

208 סעיף 54(2) לחוק. וראה Burger (לעיל, הערה 207).

209 Burger (לעיל, הערה 207), 329.

210 Dietz (לעיל, הערה 86), 126-127; וכן סעיף 54(2) לחוק.

והפיקוח החמורות. מכל־מקום, גם בנוגע לשימוש מסחרי ההסדר תלוי ברצון הטוב של המנויים, שכן הם אלה הצריכים ליום תשלום בגין אותו שימוש.

(2) מדינות אחרות בקונטיננט

עמדתו של החוק בצרפת היא, שצילום ללא מתן אישור מצד בעל־הזכות מהווה הפרה[211]. אולם המחוקק הבין, שההוראה אינה בת־אכיפה, והיוצרים אינם מקבלים למעשה תמלוגים. לכן הוחלט לפצותם, אך לא רצו לשנות את האיסור שבחוק (המונע אפשרות לקבוע רשיון־כפייה). הפתרון נמצא במסגרת חקיקה מחוץ לחוק זכות־יוצרים, במסגרת חוק פיסקלי[212] אשר מטיל מס על מכונות־צילום. הכסף משמש לפיצוי יוצרים, אך ההסדר אינו מביא בחשבון את היקף ההפרה למעשה לגבי כל יצירה בנפרד או את היקף השימוש בכל מכונה, ולכן אין הוא נראה לנו כמודל הראוי לחיקוי.

בשבדיה חלק ממחירו של כל צילום מיועד לפיצוי היוצרים[213].

(3) החוק האמריקני

כמו מרבית המדינות שבדקנו, גם בארצות־הברית טרם נמצא הסדר הולם לבעיה, ואין כאן כל רשיון־כפייה[214]. החוק מבחין בין צילומים לצורכי לימודים (שלגביהם חל שימוש הוגן) לבין ספריות וארכיונים (שלגביהם יש הסדר מיוחד של פטור גורף)[215]. במקרה האחרון מותר לצלם מאמרים מכתבי־עת וקטעים מיצירות מוגנות המוצעות להשאלה — הכול בכפיפות לתנאים הקבועים בחוק ולמספר עותקים מוגדר. הספריות והארכיונים אינם נושאים באחריות לנעשה בציוד־הצילום שבשטחם ולא מוטלת עליהם אחריות שילוחית להפרות. יצירות וחומר, שהצילום שלהם מהווה תחליף לרכישתם או לחתום מנוי עליהם, אינם נכנסים בגדר הפטור הסטטוטורי.

המצב הרווח כאן אינו משביע־רצון, הן מחמת שלילת כל פיצוי מהיוצר הן מחמת חוסר־הבהירות הנובע מקיום שטח אפור נרחב לגבי שימוש הוגן. בדו״ח מיוחד מ־1968 המליצו על היטל סטטוטורי גורף על צילומים, בשילוב עם מערכת הנחות ופטורים לגופים שונים[216], אך ההמלצה לא נתקבלה.

קיימות כמובן דעות שונות לגבי פתרון הבעיה. במסגרת הניתוח הכלכלי הצגנו תיאוריה חריגה שלפיה יש לבטל לחלוטין את הגנת זכות־היוצרים. מובן שמי שגורס כך מגיע למסקנה, כי יש לתת פטור מוחלט לצילומים. הוא מודע לכך

211 Dietz (לעיל, הערה 86), 123-125.

212 Law of Finance for 1976 on the Institution of Royalty on Publications in Book Form & on the Use of Means of Graphical Reproduction, Law No. 75–1278, (The Finance Law), Sec. 22.

213 Royal Decree No. 464 Of 1955 Establishing Swedens Fund for Authors, Sec. 15; וראה: Treece (לעיל, הערה 205), 1028, הערה 10.

214 Latman (לעיל, הערה 57), 461-462.

215 סעיפים 107 ו־108 בהתאמה.

216 Project (לעיל, הערה 203), 973-974.

שבכמה סוגי מקרים תיגרם פגיעה קשה ביותר ליוצר, אבל — לדעתו — זהו מחיר ששווה לשלם, ומכל־מקום ברוב המקרים כוחות־השוק יאזנו את המצב[217]. אחרים סבורים, כי אין צורך בהיטל וכי המצב הקיים — של שימוש הוגן חלקי ואיסור חלקי — משביע־רצון[218]. כיום נעשית בדיקה מחדש של כל הנושא, בין היתר משום שההגדרות שבחוק אינן מכסות את הטכנולוגיה החדשה ואת כל הפעילויות הנעשות על־ידי ספריות.

פתרון חלקי לבעיה — בכל הקשור לכתבי־עת ולירחונים — פותח על־ידי מוסד מיוחד, שקם בהמלצת הקונגרס האמריקני[219]. מטרתו של מוסד זה לנהל את כל נושא הצילומים מיצירות ספרותיות ולדאוג לתמלוגים ליוצרים בגין הפרות על־ידי צילום. המוסד יוצר מנגנון־רישוי המייצג את היוצרים של יצירות מסוימות. המוסד דואג לקבלת תמלוגים מגופים ציבוריים, חינוכיים ופרטיים המשעתקים את היצירות, אוסף את הכסף ומחלקו ליוצרים. השיטה עובדת כך, שבירחונים ובחוברות מתפרסם מחירון צילום המודיע שהחפץ לצלם רשאי לעשות כן בכפיפות למשלוח ספח ובו מפורטים הדברים שצילם ובכמה עותקים. לכך יש לצרף תמלוגים על־פי המחירון. המוסד נוטל לעצמו דמי טיפול וניהול, ואת יתרת הכסף הוא מעביר למדפיסים. אלה מצדם מעבירים את הכסף ליוצרים בהתאם לחוזים הספציפיים עמם. זהו הסדר דומה להסדר הקיים בגרמניה, אלא ששם הוא מעוגן בחוק וחל רק על גופים מסחריים. גם כאן ההסדר אינו חל על כל היצירות, אלא תחולתו מוגבלת. פן נוסף של השיטה הוא רשיון מרוכז לגוף או למפעל: עושים בדיקה מדגמית של היקף הצילומים ובהתאם לכך נקבעים תמלוגים שנתיים בחישוב גלובלי. הדבר נובע מן הכמויות הגדולות של הצילומים המקשות על יישום השיטה הרגילה. המעניין בטכניקה האמריקנית הוא, שכל מדפיס קובע מחירון משלו ואין מחיר אחיד. לכן המוסד הוא רק גוף מרכז לרשיונות אינדבידואליים, להבדיל מגוף שולט המסדיר את כל העניין בעצמו[220].

(4) ישראל, אנגליה ומדינות ה־Common Law

בישראל שולטת בתחום הצילומים דוקטרינת השימוש ההוגן. פעולה שאינה נכנסת בגדר הדוקטרינה מהווה הפרה. לנו נראה, כאמור, כי אין עוד מקום לגישה זו ודרוש הסדר חדש. אכן, הושמעה קריאה להחלת רשיון־כפייה בתחום זה[221].

בחוק האנגלי[222], כמו בארצות־הברית, שולטת באופן כללי דוקטרינת השימוש ההוגן. עם זאת, קיים הסדר מיוחד לגבי ספריות וארכיונים. בניגוד לארצות־הברית, נקבע בחוק האנגלי שספריה אחראית להפרות הנעשות בתחומה. גם כאן המצב מסובך וההסדר אינו משביע־רצון.

217 Breyer (לעיל, הערה 41), 329-337.

218 Treece (לעיל, הערה 205), 1068-1069.

219 CCC — Copyright Clearance Center.

220 "Collective Administration of Copyright & Neighbouring Rights — Report Prepared by the International Bureau of WIPO" 25 *Copyright* (1989) 309, 326–327.

221 לרינסון (לעיל, הערה 19), 459-460. לפירוט נוסף ראה הדיון במסגרת פרק־המשנה על שיתוף במוסיקה.

222 סעיפים 28-50.

באוסטרליה החוק של 1968 תוקן פעמיים, והוכנסו לתוכו כמה רשיונות־כפייה לגבי שיעתוק יצירות. בין היתר קיים רשיון־כפייה לגבי העתקה רבת־היקף על־ידי גוף חינוכי (כהגדרתו בחוק) למטרות לימודים. מוטלת הגבלה על הכמות המותרת, והוא־הדין לגבי ספריות[223]. גם כאן נטל הגבייה הוא על בעל־הזכות, ועליו לפנות תוך שלוש שנים ולדרוש את התמלוגים. את הסכום קובעים ביניהם הצדדים, ובהעדר הסכם פונים לטריבונל סטטוטורי. הושמעו קריאות לשינוי ההסדר לגבי אופן הגבייה (במגמה להסדיר את העניין באמצעות איגודים) וכן למעבר להסדר וולונטרי[224].

(ג) אמנות בינלאומיות

כמו סוגיית השיעתוק במוסיקה, גם כאן אמנת ברן אוסרת על שיעתוק יצירות ספרותיות ללא היתר מבעל־הזכות. אך הסעיף מופר על־ידי מרבית המדינות, המעניקות היתר לכך בגדר דוקטרינת השימוש ההוגן. כפי שצוין, לא ברור עד כמה האמנה מתירה לקבוע בנדון הסדרי־כפייה, ובכלל זה להטיל היטלים[225]. אשר לאמנת UCC, הדברים שנאמרו בפרק־המשנה על בעיית השיעתוקים יפים גם כאן.

(ד) סיכום והערכה

כמו בעיית השיעתוק של תקליטים, אף בתחום הצילומים מקדים המשפט הקונטינ־נטלי את המשפט האנגלו־אמריקני. דווקא אותן מדינות המגינות בעקשנות על זכויות היוצר הבינו, כי לא ניתן עוד להגן על הזכויות בתחום הנדון בדרכים המסורתיות, ותחת זאת יש להגן על זכות חדשה — זכות השיפוי ההוגן — המעבירה את הדגש לשאלה כיצד לפצות את היוצר על ההפרות. במשפט האנגלו־אמריקני מקובלת עדיין הגישה של זכות בלעדית ופטורים, ואין מכינים שלמעשה לא קיימת הגנה, וכל שנותר ליוצר הוא לרדוף אחרי מפירים גדולים ולהילחם בהם במסדרונות בתי־המשפט.

אין צורך להכביר מלים כדי לנמק מדוע רצוי כאן רשיון־כפייה. הצגנו את דעתנו לגבי היטלים בתחום המוסיקה, והדברים ישימים גם להקשר הנוכחי. זהו מצב קלסי שבו הטכנולוגיה גברה באופן חד־משמעי על זכות־היוצרים: אפשרויות הפיקוח הולכות וקטנות, אכיפה כמעט תמיד אינה כדאית, ההפרה קלה לביצוע ורצון הציבור לבצע את ההפרה גדול (אם כי לא בהכרח כולם מודעים לכך שהם מבצעים הפרה). הצורך של הציבור להיזקק לאמצעי של מכונת־צילום הולך וגובר, ורבים שואלים את עצמם איך חיו בעבר בלי מכונה שכזו. בתנאים אלה יש לזנוח את התפישה המסורתית של הגנה על זכות־יוצרים ולהתרכז בשאלה אחת ויחידה: איך מפצים את בעלי־הזכויות. אמנם, לאחרונה גבר הפיקוח בתחום נוכח ריבוי

223 בתיקונים לחוק משנים 1980 ו־1986 נוספו סעיפים 200A, 53D, 53C, 53B. לגבי ספריות ראה סעיף 8(3)(b). ראה Lahore (לעיל, הערה 79), עדכון 1988, עמ' 8053.

224 G. Greenleaf, "Intellectual Property & Data Protection" 62 *ALJ* (1977) 164, 165.

225 ראה הדיון באמנות בינלאומיות בפרק־המשנה על בעיית השיעתוקים וכן Ricketson (לעיל, הערה 24), 910-911.

תביעות נגד מוסדות המחזיקים מכונות־צילום, אך בדוד כי בכך לא סגי. הפתרון הרצוי הוא על דרך הטלת היטל, אבל הכרחי לקבוע אותו בצורה ראויה. כך, למשל, מבין המדינות שנבחנו לעיל רק בגרמניה התמודדו עם השאלה באופן רציני ומקיף. במדינות האחרות ההיטל הוא הסדר פשטני אשר בעיקרו מהווה מס (בצרפת הוא ממש מס), אשר אין בו כדי פתרון משביע־רצון. מובן, כי במסגרת הסדר יש גם לשלב פטורים (דוגמת אלה הקבועים בחוק הגרמני), אך זאת בהיקף מצומצם ומבוקר.

יש מקום להזכיר עוד פתרון, שהוצע לגבי ישראל[226], שלפיו צילומים למטרות ביקורת ועיתונאות יהיו בגדר שימוש הוגן; ואילו לגבי צילומים למטרות לימוד ומחקר תיעשה הבחנה בין צילום במוסדות ציבוריים (שעליו יחול רשיון־כפייה) לבין צילום ברשות־הפרט (שיהיה פטור). אנו מסכימים לחלוטין עם החלק הראשון של ההצעה, אולם לא נראה לנו חלקה השני. הפתרון המוצע מתעלם מן המגמה של חדירת מכונות־צילום לתחום הפרטי. בנסיבות אלו אין מקום להבחין בין מוסדות־ציבור לבין משרדים פרטיים, שהנזק המצטבר מהם ודאי משתווה, ואין לוותר על־פיצוי ליוצר בגין צילומים המתבצעים ברשות־הפרט. עם זאת, מאחר שאין אפשרות ליישם רשיון־כפייה בסקטור הפרטי (כפי שהבינו גם מציעי ההצעה דנן), הפתרון ההולם — לדעתנו — הוא היטל משולב.

7. ה־PUBLIC LENDING RIGHT והשכרת יצירות

(א) כללי

ראינו, כי חלק מ"חבילת־הזכויות" של היוצר היא זכות ההפצה של יצירתו. אולם זכות השיווק הבלעדי של בעל־הזכות נפגעת על־ידי "דוקטרינת המכירה הראשונה" (שהוצגה), המאפשרת לרוכש יצירה להעביר בה זכויות־קניין: למכור אותה, להשכירה וכיו"ב. התשתית הרעיונית מאחורי דוקטרינה זו היא תיאוריית "מיצוי הזכויות", שלפיה בעל יצירה המוכר אותה, ממצה את זכויותיו באותו עותק. כיום קיימת נטייה גוברת והולכת להשכרת/השאלת ספרים, תקליטים, קלטות וידאו, תמונות ויצירות אחרות. לכאורה אין בכגון דא כל פסול, שהרי אך טבעי הוא שהרוכש קניין מוחשי יוכל לעשות בו כרצונו, לרבות השכרתו או השאלתו. אולם עלינו לבחון האם יש מקום לקבוע בנדון דין מיוחד לגבי יצירות רוחניות. ויובהר, כי הבחינה בשלב הראשון תהיה של השאלת/השכרת יצירות *per se*, במנותק מבעיות נלוות, והאינטראקציה בין הסוגיה דנא לבין סוגיית השיעתוקים (אשר כבר נדונה) תידון רק בסיכום של פרק־משנה זה. אשר להבחנה בין השכרה להשאלה, כבר הובהר כי אין לכך השלכה על הטיפול המשפטי (הגם שה־PLR מתייחס ספציפית להשאלה) ולכן הדיון בהן נעשה במאוחד. נציין רק, כי ההבדל העיקרי בין השניים הוא, שהשאלה נהוגה בעיקר בגופים ציבוריים שלא למטרת רווח — דוגמת ספריות — ואילו השכרה נהוגה בגופים פרטיים רווחיים.

דומה, כי התשובה לשאלה דלעיל תלויה בהכרעה אם השאלה/השכרה היא

226 לוינסון (לעיל, הערה 19), 458-460.

תחליף לרכישה או לאי־שימוש, קרי: ככל שנצליח למנוע פעולה כזאת, האם הציבור ירכוש את המוצר או שיסתדר בלעדיו. קשה להשיב על שאלה זו באופן גורף, ולכן נדון בה להלן באופן פרטני ביחס ליצירות ספציפיות. אולם נעיר מיד באופן כוללני, כי בהתאם להנחה הרווחת, השאלה/השכרה מאפשרת הפקת הנאה מלאה מיצירות ופוטרת את הצורך ברכישתן, כך שיש בה כדי לצמצם את היקף המכירות של יצירות[227].

אשר ליצירות רוחניות, כבר עמדנו על כך שהן נמכרות בכפיפות ל"חבילת־זכויות" של היוצר, ה"רודפת" אחר הקונה, ומכאן שקיימת הכרה באפשרות העקרונית לסייג את הבעלות בחפץ המוחשי. עקב היותן של יצירות רוחניות "מצרך ציבורי", קיים גם אינטרס ציבורי מיוחד להבטיח נגישות גבוהה אליהן. שיקולים אלו אינם קיימים לגבי יצירות טנגיביליות, ולכן אין מקום לטפל, למשל, בסוגיה של השאלת מכסחות־דשא, ואפילו הדבר מקטין את היקף מכירותיהן. נוכח שיקולים אלה, ולאור הנחת המוצא שהשאלה/השכרה פוגעת ביוצר, החלו המדינות לחפש דרכים לסייג את השלכות דוקטרינת המכירה הראשונה ולצמצם את פגיעתה ביוצר.

ניתן להצביע על כמה פתרונות אפשריים: (א) קביעת פטור מפורש על שימושים שניים ביצירה. בכך משאירים בעינה את דוקטרינת המכירה הראשונה ללא סייג, ופוגעים ביוצר. (ב) לתת לבעל־הזכות הגנה מלאה (כמו, למשל, בצרפת), אך בכך מתעלמים לחלוטין מדוקטרינת המכירה הראשונה. (ג) הגבלה "חוזית". ישנם הגורסים כי ניתן לומר שאין כאן מכר טהור, אלא מכר מכח "חוזה" הכובל את הרוכש לחובות מסוימות. אולם השאלה היא האם יש תוקף משפטי ל"חוזה" כזה? הדעה המקובלת היא, ש"חוזה" כזה אינו אכיף לנוכח חוקי זכות־יוצרים (המכירים בתחולת דוקטרינת המכירה הראשונה), כך שהשכרה עתידית של יצירה אינה הפרה[228]. (ד) קביעת הסדר סטטוטורי מיוחד מסוג רשיון־כפייה. להלן נתמקד בפתרונות מן הסוג הרביעי ונראה כי זו הדרך היחידה להתמודד כראוי עם הבעיה.

אחד מהסדרי־הכפייה האפשריים (והמאפיין מגמה ההולכת ורווחת במדינות רבות) הוא היטל על חנויות השאלה/השכרה, אשר מתוסף למחיר ההשכרה או מוטל על בעל־החנות לפי חישוב גלובלי בדבר היקף הפעילות שלו, ומשמש לקרן לפיצוי היוצרים. אחד הביטויים לרשיון־כפייה כזה הוא ה־PLR[229]: מחד גיסא, משלימים עם ההפרה ונותנים היתר לכל דורש, ומאידך גיסא, מגנים על בעל־הזכות על־ידי הבטחת תשלום תמלוגים. על־פי־רוב ההסדר הוא מסוג רשיון סטטוטורי, אך עוד נעמוד על חריגים לכך.

ראוי להבחין בין הטיפול ביצירות אודיו ווידאו, שבהן השימוש נעשה על־פי־רוב על דרך השכרה, לבין הטיפול בספרים, שבהם השימוש הוא בדרך־כלל על־ידי השאלה. מעניין לציין כי רק מדינות ספורות טיפלו בשני הנושאים גם יחד.

227 Ricketson (לעיל, הערה 24), 401; Nimmer (לעיל, הערה 5), 8-146.

228 N.B. Lewson, "The Videocassette Rental Controversy" 30 *Journal of The Copyright Society of the USA* (1982–1983) 1, 8–11.

229 S. Von Levinski, "National Treatment, Reciprocity and Retorsion: the Case of Public Lending Right" 11 *IIC Studies* (1989) 53.

(ב) הסדרים לגבי יצירות אודיו ווידאו

(1) החוק האמריקני

החוק האמריקני מ־1976 תוקן לאחרונה, ונקבע בו כי השאלה או השכרה של הקלטת קול ויצירה מוסיקלית — תמורת יתרון מסחרי ישיר או עקיף — אסורה ללא היתר מפורש מבעל־הזכות, בכפיפות לפטור ולחריג. הפטור מתייחס לפעילות של ספרייה או מוסד חינוכי, שאינם פועלים למטרת רווח[230], שלגביהם נותרה על כנה דוקטרינת המכירה הראשונה[231], והם פטורים מתשלום תמלוגים, נוכח האינטרס הציבורי שלא ייפגע הקף פעילותם. החריג מתייחס לזכות המיכנית: ההסדר החדש הוסיף הוראה הקובעת, כי במסגרת רשיון־הכפייה המוענק בנדון יכול בעל־הרשיון גם להשכיר, להשאיל או להחכיר את היצירה בגירסה שלו, ובתמורה עליו לשלם תמלוגים ליוצר בגין אותה פעילות[232], שהרי אין הגיון לשלול מאדם זכויות בביצוע שלו, אך מנגד יש לזכור, כי פעילות זו פוגעת ביוצר המקורי ומכאן זכותו לתמלוגים נוספים. מסתבר אפוא שבנוגע להשאלות/השכרות, בתחום המוסדר על־ידי הזכות המיכנית קיים רשיון־כפייה — בדמות הסדר של PLR — וביתר המצבים (בכפיפות לפטור הנזכר) קיים איסור, אשר בעל־הזכות יכול לוותר עליו.

נציין, כי במשך שנים הושמעו קריאות לשינוי המצב הקודם בחוק האמריקני והוצעו פתרונות שונים, ביניהם אימוץ הסדר של PLR, שהוחלט לבסוף לאמצו. מעניין, שהמחוקק האמריקני עבר בסופו של דבר מקצה לקצה והנהיג הסדר שהוא בעיקרו איסור גורף על השכרת יצירות ללא היתר מבעל־הזכות. בכך מובטחת ליוצר שליטה על יצירתו ויש לו אפשרות לנהל משא־ומתן על התנאים להשכרת היצירה. רק במקרים בהם שאף המחוקק שלא לפגוע בנגישות הציבור עוגנו הסייגים דלעיל. כפי שצוין, ההסדר מתייחס אך ורק להקלטות־קול. קיים ספק אם אלה כוללות גם הקלטות־קול של יצירות ספרותיות, אך יש להניח כי התשובה היא שלילית[233]. כמו־כן, ההסדר אינו חל על יצירות ספרותיות (ישנם דיונים בנדון) אשר דווקא בהן היקף ההשאלות הוא נרחב ביותר והפגיעה ביוצרים קשה יותר.

(2) ישראל, אנגליה ומדינות אחרות

בישראל המצב החוקי לגבי השכרת יצירות מוסיקליות אינו ברור. חוק זכות־יוצרים אוסר בסעיף 2(2)(א) על הפרה עקיפה, הנעשית בין היתר על־ידי השכרה של יצירה בדרך מסחרית, אבל האיסור מתייחס רק לעותק מיצירה שלפי ידיעת המשכיר היא עצמה מהווה הפרה של זכות־יוצרים, קרי: יצירה לא־חוקית. הוא־הדין לגבי סעיף 3 לפקודת זכות־יוצרים. בחוק זכויות מבצעים נקבע בסעיף 2(4), שאסורה השכרה

230 התיקון נעשה על־ידי ה־Record Rental Amendment Act 1984, שהוסיף את סעיף 109(b)(1).

231 ראה סעיף 109(a) לחוק; וכן R.Colby, "The First Sale Doctrine: the Defense that Never Was" *Journal of the Copyright Society of The USA* (1984–1985) 77, 78 32.

232 סעיף 115(c)(3), וכן Nimmer (לעיל, הערה 5), 8-76.1 — 8-79.

233 Nimmer (לעיל, הערה 5), 8-150.

של עותקים מיצירה לצורכי מסחר ללא הסכמת המבצע, אך זאת רק כאשר ההעתק נעשה ללא הסכמת המבצע.

אם כן, נראה כי אין בחוק כל הגבלה על השאלה/השכרה של יצירה שנרכש בה קניין כדין[234]. אכן, רבים בארץ עוסקים למעשה בהשכרת קלטות־וידאו, תקליטים ותקליטורים[235]. אמנם, יש הסבורים, כי ניתן ללמוד על איסור משתמע בחוק: החוק נועד להגן על הזכויות של היוצרים, והשכרה ללא רשות מהווה פגיעה בכך. אך הענייו טרם עמד למבחן שיפוטי, ובינתיים נמשכות ההפרות בשטח.

אשר לאנגליה, כאן לא קיים איסור עקרוני על השאלה/השכרה, אלא שבנוגע ליצירות מוסיקליות — לאחר שדחו את כל הדרישות להטלת היטל על ציוד־הקלטה — החליטו לפצות את היוצרים על־ידי תיקון חוק זכות־יוצרים לגבי השכרת הקלטות־קול מוסיקליות. בחוק החדש מ־1988 נקבע איסור גורף על השכרה של הקלטות־קול (וכן של סרטים ותוכנות־מחשב), בכפיפות לסמכות לקבוע הסדר־כפייה בנדון במקרה של שימוש־לרעה בזכות הבלעדית שהוענקה[236].

בשאר ארצות ה־Common Law ההסדר נוגע רק לספרים, ונעמוד על כך להלן. נציין רק, כי באוסטרליה יש עתה דיון על הסדר דומה לגבי יצירות־אודיו (לאור ההחלטה להטיל היטל על קלטות ריקות ובמקביל להתיר הקלטות ביתיות).

לבסוף נזכיר את יפן, בה תוקן החוק ב־1984 והוכנס הסדר חדש לגבי תקליטים, תווים ותוכנות־מחשב (אך לא לגבי ספרים וסרטים)[237]. ההסדר חל רק על השכרה למטרות רווח. במשך 12 חודשים מיום הפרסום הראשון[238], היוצר שולט בהפצה של יצירתו ודרוש רשיון ממנו. לאחר מכן זכותו פוקעת, ולא דרושה עוד הסכמתו להשכרה, אך עדיין קיימת חובה לשלם לו תמלוגים. הווה אומר: שנקבע רשיון־כפייה. אין בחוק פירוט של סנקציה במקרה של אי־תשלום. לגבי תקליטורים קיים הסדר מיוחד: יש תוספת במחיר, ובתמורה — אותם תקליטורים שסומנו ככאלה מותרים להשכרה. תוספת זו מיועדת ליוצרים, אולם החוק דואג גם למפיקים ולמבצעים[239].

234 בלום (לעיל, הערה 76), 171-173; זליגסון (לעיל, הערה 3), 48.

235 על־פי דיווחים מן העיתונות, חנות תל־אביבית — שעסקה במקור בקניית תקליטים מיד שנייה ומכירתם הלאה עם אופציה להחזרתם, או שניתן היה מראש לעשות מינוי לשכירת תקליטים — עברה לנתח שוק חדש, והדבר עורר הדים רבים. המדובר בשוק התקליטורים (CD) וקלטות־הווידאו. לגבי קלטות־וידאו השוק כבר נפרץ על־ידי ספריות־ההשכרה של קלטות הפועלות מזה זמן רב. אבל, נטען, שההבדל בין אותן ספריות לבין החנות הנדונה הוא, שהספריות קונות מראש סרטים המיועדים להשכרה, והמחיר בהתאם לכך; ואילו בחנות הזו קונים סרטים מיד שנייה ולא רק שהמחיר הרבה יותר זול, אלא שגם אין תשלום תמלוגים. ראה ת׳ לוטם, ״הון הת״ק״ קול תל־אביב, 30.12.88, 26-27.

236 ראה סעיפים 18 ו־66 בהתאמה. יצוין כי בהצעת החוק הציעו שיצרן של תקליטים יוכל לאשר או לאסור השכרת עותק במשך שנה מיום ההדפסה של היצירה, ולאחר־מכן האיסור יומר ברשיון־כפייה. על ההסדר המוצע נמתחה ביקורת — לא מבחינת הצורך בו אלא מבחינת מהותו, והוא לא אושר: G. Davies, "The Rental Right In The UK Copyright Bill" 10 *EIPR* (1988) 127.

237 סעיף 26Bis לחוק וסעיף 4Bis ל־supplementry provisions בהתאמה: S.Matsuoka, "Copyright & Neighbouring Rights Protection in the Japanese Record Rental Industry" *Copyright* (1989) 152.

238 תקופה זו מעוגנת ב־Cabinet Order 106 מ־1984.

239 סעיפים 95Bis ו־97Bis.

(ג) הסדרים ביחס ליצירות ספרותיות

(1) החוק הגרמני

בעבר, מי שמכר עותק של יצירה לא היה יכול למנוע הפצה עתידית שלה על דרך השאלה/השכרה[240]. ברם, החוק הגרמני תוקן בשנת 1972 ונקבעו בו תמלוגי השאלה לגבי ספרים, המקנים פיצוי ליוצר שיצירתו מושאלת על־ידי ספרייה ציבורית או מסחרית או חנות־ספרים. התשלום אפשרי רק דרך איגוד העוסק בגביית התמלוגים (Collecting Society): על האיגוד לעשות סקרים לגבי היקף ההשאלה של יצירות, שבהתאם לו נקבע גובה הפיצוי[241], כלומר: לגבי השאלת יצירות ספרותיות קיים בגרמניה רשיון־כפייה.

התעוררו כמה שאלות לגבי ההסדר הגרמני[242]: ראשית, עלתה הבעיה של ירחונים בחדרי־המתנה למיניהם (כמו של רופאים או מספרות). האם יש כאן משום השאלה של החוברות? בית־המשפט קבע, כי אין זכות פיצוי במקרים כאלה: יש גבול לזכות היוצר לתמלוגים, ואין הזכות משתרעת על כל השאלה שהיא. עוד נקבע, שההסדר אינו חל על השכרות וידאו. לבסוף נקבע, כי הוראה חוזית המחילה את ההסדר הסטטוטורי ביחסים בין המתקשרים בחוזה, היא חסרת תוקף מחייב: למעט באשר להשאלת ספרים, אין בחוק הגרמני זכות לתמלוגים בגין השאלת יצירה.

(2) ישראל, אנגליה ומדינות אחרות

מכוח החוק בישראל חובה על ספרייה ציבורית לספק בחינם שירותים אחדים, וביניהם השאלת ספרים[243]. למעשה יש כאן היתר שימוש, ללא חובת שיפוי. כדי לתקן מצב זה, גובש הסדר נסיוני חדש, המעוגן בצו מנהלי (שלא פורסם). לפי צו זה, הורה שר־החינוך על הקמת קרן עם סכום כספי לחלוקה ליוצרים ישראליים — בהתאם לתדירות ההשאלה של יצירה מספריות ציבוריות — כאשר ישנה תקרת פיצוי לכל יוצר[244]. אשר לספריות פרטיות, אין הסדר בחוק, ובפועל משאילים ספרים בתשלום ללא שיפוי היוצר. כלומר: אין בארץ איסור עקרוני על השאלת יצירות ספרותיות.

באנגליה נחקק בשנת 1979 ה־Public Lending Act, שהקים קרן לפיצוי סופרים,

240 *Journal of the Copyright Society Of The USA* (1984–1985) 71 32. ראה גם את פסק־הדין הנזכר ב־*IIC* (1987) 18, עמ' 834.

241 סעיף 27: G. McFarlane, "The Public Lending Right: a Comparision of National Approaches" 16 *Copyright* (1980) 335, 338; W. Nordemann, "The 1972 Amendment of the German Copyright Act" 4 *IIC* (1973) 179, 182–183; G. McCouch, "The Public Lending Right in German Copyright Law" 15 *IIC* (1984) 605, 613–625; M. Moller, "The Reform of the Copyright Law of the Federal Republic of Germany" 22 *Copyright* (1986) 271, 273–275.

242 A. Dietz, "The Development of Copyright between 1979 & the Beginning of 1984" 20 *Copyright* (1984) 426, 440–441; Dietz (לעיל, הערה 174), 82; *IIC* (לעיל, הערה 89), 938.

243 חוק הספריות הציבוריות, תשל"ה-1975, סעיף 7 — שירותי ספרייה חינם; תקנות הספריות הציבוריות (שירותים), תשל"ט-1978, סעיף 1(2) — חובת השאלה.

244 Nimmer (ibid, 73): J.Weisman - Israel, 16.

ונקבע שיש להם זכות לקבל מדי תקופה פיצוי בגין השאלת ספריהם מספריות ציבוריות[245]. ההסדר מתייחס רק לספריות ציבוריות ולספרים מסוימים (לסוגי ספרות מיוחדת, דוגמת ספרי־שירה, ישנם קריטריונים אחרים). קיימת הצעה לקבוע רשיון־כפייה גורף בנדון, כדי להבטיח את זכות ההשאלה[246], אך היא טרם נתקבלה.

הסדר דומה קיים גם בקנדה (אך הוא אינו מעוגן בחוק אלא בצו פדרלי ומתייחס רק להשאלת ספרים מספריות ציבוריות[247]), בניו־זילנד (שם הוא מבוסס על תקנות) ובאוסטרליה (שם מעוגן ההסדר בחוק, אך הוא כפוף לשורת הגבלות[248], ובכל מקרה הזכות לתמלוגים פוקעת עם מות המחבר או 50 שנה לאחר חיבור היצירה — המאוחר מביניהם).

בשבדיה קיים הסדר המעוגן בתקנות, שלפיו סופרים, מתרגמים ומאיירים של יצירות ספרותיות יקבלו תשלום מן המדינה בגין השאלת ספריהם לציבור באמצעות ספריות ציבוריות[249]. התמלוגים ניתנים לפי מדגם מייצג של מספר הפעמים שהיצירה הושאלה, אך היקף התמלוגים מוגבל.

(ד) אמנות בינלאומיות

אין באמנת ברן או באמנת UCC כל הוראה לגבי השאלה או השכרה של יצירות. כיוון ששתי האמנות מתירות להגביל את זכויות־היוצר במסגרת חקיקה פנימית, בכפיפות להוראותיהן, אזי בהעדר איסור בנדון נפתח פתח לעגן הסדרי־כפייה[250]. אולם, יש לזכור, כי מדובר בתופעה חדשה — שרק בשנים האחרונות קיבלה תנופה — וסביר להניח שכשם שעד כה ידעו המדינות המתקשרות להתאים את הוראות האמנות להתפתחויות השונות, כך יעשו גם בנושא זה.

(ה) סיכום והערכה

ראינו, כי התופעה של עיגון רשיון־כפייה באשר לזכות השאלה/השכרה מהווה מגמה ההולכת ורווחת, אם כי מעניין שבמרבית המדינות ההסדר קבוע בחוק נפרד מחוק זכות־יוצרים או בחקיקת־משנה. כמו־כן ההסדר מאופיין על־ידי העובדה,

245 D. de Freitas, "Letter from the U.K." 15 *Copyright* (1979) 170, 174–175; Nimmer (ibid, 73): W.R. Cornish – U.K., 63.

246 R. Durie, "Copyright, Designs & Patents Act 1988: the Key Changes for the Film Industry" 11 *EIPR* (1989) 197, 198.

247 ההסדר אינו מעוגן בחוק אלא בכללים: Nimmer (ibid, 73): Canada – D.Vaver, 44.

248 McFarlane (לעיל, הערה 241), 336. ספרים — רק מעל 48 עמודים. ספרות מיוחדת (שירה, דרמה וספרי ילדים) — מעל 24 עמודים. לגבי אנציקלופדיות ויצירות רבות־כרכים התשלום הוא לגבי כל כרך בנפרד. ההסדר לא חל על כתבי־עת, אנציקלופדיות או מילונים שיש להם כמה מחברים, ספרים שיש להם יותר משלושה מחברים רשמיים, ספרים מלפני 1927 אלא אם הסופר עודנו בחיים, יצירות שהסופר לא ידוע, יצירות שהמחבר הרשמי הוא תאגיד ויצירות בהגנת Crown Copyright. עקרונות אלו עוגנו תחילה בתקנות, ומ־1985 — ב־Public Lending Right Act.

249 McFarlane (לעיל, הערה 241), 336; Peer II (לעיל, הערה 91), 418. במקביל חוקן סעיף 23 לחוק באופן הקובע היתר השאלת ספרים.

250 באמנת UCC חל סעיף 4Bis (המתייחס לכל היצירות בסעיף I), ואילו באמנת ברן חל סעיף 5(2). לדיון מעמיק בסוגיה בהיבט הבינלאומי, ראה Ricketson (לעיל, הערה 24), 400-403.

שהכסף משולם בדרך־כלל על־ידי הממשלה ולא על־ידי המשתמש, והתשלום נמוך יחסית.

עמדנו על כך שהנחת־היסוד היא, שהשאלה/השכרה פוגעת במכירות של היוצר, כהיותה תחליף לרכישת היצירה. אולם אילו הפגיעה ביוצר היתה הפן היחידי, הפתרון צריך היה להיות בדמות איסור. לאמיתו של דבר קיימים פה כמובן גם היבטים נוספים, אך הדיון בכך ייעשה במפוצל. ראינו שהמדינות השונות מבחינות בין יצירות מוסיקליות לבין ספרים. הבחנה זו מוצדקת לגופו של עניין, לאור הבדלים עקרוניים בין תחומים אלו, ומיד נבהיר את דברינו.

נפתח בתחום המוסיקלי. כאן נראה לנו, כי אין כל מקום לקבוע רשיון־כפייה. ראשית, יש אפשרות לרכוש תקליטים וקלטות בעלות נמוכה (אם כי עם התפתחות שוק התקליטורים, שמחירם גבוה יחסית, יש בעיה שעליה נעמוד בהמשך). שנית, עותק כזה משמש לעשרות ולמאות האזנות, קרי: לשימוש רב־פעמי. שלישית, ישנה חשיפה רבה ליצירות מוסיקליות בחינם דרך אמצעי התקשורת ההמונית. לאור כל זאת אין מקום להגביר את נגישות הציבור על חשבון מכירות היוצר. לדעתנו, מן הראוי לאסור על השאלת/השכרת יצירות מוסיקליות באופן גורף, ומן הראוי שעיסוק כזה יחויב בקבלת רשיון מבעל־הזכות.

טענה שהועלתה כנגד הסדר־כפייה לגבי השכרת יצירות מוסיקליות היא ששיטה של גביית תמלוגים היא ביורוקרטית ויקרה, ומצריכה פיקוח יעיל שלא תמיד ניתן להשיגו, כך שמוטב להקנות לבעל־הזכות בלעדיות ושהוא יתן היתרים[251]. לדעתנו, זו טענה מוטעית. אמנם, גם אנו סבורים כי אין מקום להסדר־כפייה בתחום המוסיקלי, אך מטעמים אחרים. אין זה ריאלי להפנות את השוכר/שואל ליוצר על בסיס אינדבידואלי. אין זה סביר, שבכל פעם שאדם ירצה להשכיר יצירה הוא יצטרך להתרוצץ ולחפש את בעל־הזכות ביצירה כדי לבקש את הסכמתו. אגב, אם יוצרים יצטרכו לעסוק אישית במתן היתרים כאלו, יש חשש שלא יישאר להם זמן פנוי ליצירה; רק במסגרת איגוד־יוצרים מול איגוד־צרכנים ניתן להגיע לשיטה בת־ביצוע של גביית תמלוגים. ולבסוף, במצב שכזה גובר החשש מכשלונות במשא־ומתן ומפגיעה בנגישות הציבור.

אשר לתחום הספרותי, כאן מוצדק — לדעתנו — לקבוע רשיון־כפייה. ראשית, רכישת ספר היא בדרך־כלל הוצאה גדולה יחסית, ובניגוד לתקליטור — שאף הוא יקר יחסית, אך במקרים רבים ניתן להמרה בתקליט או בקלטת — לספרים לא תמיד קיים תחליף זול (למשל: מהדורה בכריכה רכה). שנית, יש להתחשב בכך שעל־פי־רוב מספר השימושים בספר מוגבל יחסית, ואין הוא עובר יותר מקריאות ספורות עד שהוא מוצא לו משכן של כבוד על מדף. שלישית, אין חשיפה חינם באמצעי־התקשורת ליצירות אלו, וניתן ליהנות מהן רק על דרך השגת עותק מהן. בשל דרישת הציבור לנגישות גבוהה לספרים ובשל המאפיינים הללו אנו סבורים, כי השיקול של נגישות הציבור גובר על זכות־היוצר (אפילו ישנה פגיעה מסוימת בהיקף מכירותיו); מה גם שבתחום הזה נראה לנו כי במקרים רבים אם תימנע הנגישות הקלה והזולה לספר באמצעות השאלה, הקורא הפוטנציאלי לא ירכוש

251 Davies (לעיל, הערה 236), 129.

אותו אלא יימנע מקריאתו. האיזון הראוי מצדיק הסדר של רשיון־כפייה. הבעיה היא, שבמקרים רבים שיעור התמלוגים נמוך הואיל וממשלות אינן חפצות לפגוע בספריות ציבוריות באמצעות היטל גבוה. הפתרון המעשי היחיד הוא מתן פיצוי על־ידי הממשלות עצמן כמעין סובסידיה. לבסוף נציין, כי בבדיקה של הוועדה האירופאית לזכות־יוצרים עלה, שאין כמעט בעיות בתחום של השאלת ספרים: הבעיות מתמקדות כיום בתחום של השכרת סרטי־וידאו ותקליטורים.

זה מביא אותנו לאינטראקציה בין התחום הנדון לבין סוגיית השיעתוקים. עלינו לבחון אם מסקנותינו עומדות במבחן הביקורת על רקע אפשרות השיעתוק של ספר, תקליט וכו׳ שהושאלו/הושכרו. העיקרון הוא, כי ככל שקל יותר לשעתק יצירה (באמצעות צילום או הקלטה), אם מקלים על השאלתה/השכרתה, יגברו ההפרות. לאור זאת, מדינה המתירה שיעתוק חייבת לקבוע חובת שיפוי בגין השכרה/השאלה של יצירות.

שוב יש להבחין בין תחום המוסיקה לזה של ספרים. במוסיקה, אי־הגבלת זכות ההשכרה פותחת פתח להקלטות ביתיות, והדבר גורם לפגיעה קשה במכירות של היוצרים. בדיקות מעלות, כי מרבית השוכרים מעתיקים את היצירה ושומרים עותק ממנה. כך, למשל, על־פי בדיקות שנעשו ביפן, ההסדר של ההיתר להשכרת יצירות מוסיקליות (שתואר לעיל) נכשל, ו־97% מהצרכנים משעתקים יצירות ששכרו[252]. לפיכך נראה לנו, כי המסקנה שהגענו אליה מתחזקת: לא זו בלבד שהסוגיה בפני עצמה אינה מצדיקה רשיון־כפייה, אלא שהסכנה הממשית של הגברת שיעתוקי יצירות מחייבת קביעת איסור בנדון.

בנקודה זו ראוי אולי לעמוד על מיון מִשני בתוך תחום המוסיקה — בין תקליטים לתקליטורים. בין השניים קיים שוני מהותי: בניגוד לתקליט הממהר לצבור שריטות ושאיכות הצליל בו ירודה, לתקליטור יש בלאי אפסי והוא המאפשר לבצע הקלטות באיכות גבוהה. כמו־כן יש להביא בחשבון, כי תקליטורים יקרים יותר ולכן רב הפיתוי לשכור עותק מיצירה על־גבי תקליטור ולהקליטו על קלטת זולה. לאור זאת, מסקנתנו ישימה אף ביתר שאת לגבי תקליטורים.

בעיה נוספת, המחמירה את המצב, היא הכנסתו לשוק של ה־DAT (Digital Audio Tape): קלטת היקרה מקלטת רגילה, אך זולה מתקליטור ומאפשרת הקלטה של תקליטור בדיוק באותה איכות צליל נקייה[253]. לכן, למשל, התאגדו כל חברות־התקליטים בארצות־הברית למאבק נגד ייבוא ה־DAT, עד שהיצרנים יתחייבו להכניס לתוכו הגבלה טכנולוגית אשר תמנע אפשרות העתקה של תקליטורים[254]. לאחרונה דווח, כי הושגה הסכמה בדמות הגבלה טכנולוגית שתאפשר הקלטה ב־DAT במספר פעמים מוגבל[255]. הוועדה האירופאית נבהלה אף היא מן ה־DAT,

252 Davies (לעיל, הערה 236), שם.

253 G. Davies, "A Technical Solution to Private Copying — the Case Of Digital Audio Tape" 9 *EIPR* (1987) 155. מדובר בהכנסת שבב מיוחד למכשירים. לדעה אחרת ראה D. Jarrard, "The Case for Digital Audio Tape: an Opportunity not a Problem" 10 *EIPR* (1987) 279.

254 אכן, הקונגרס נטה להיענות לדרישה, אלא שבינתיים נתגלה שאיכות ההקלטה של ה־DAT נמוכה ושאין לו שוק עקב עלות גבוהה והעדר יצירות בפורמט של DAT, ולכן היחמה הוקפאה.

255 *WIPR* (1989) 195–196 ; 10.1.90, הארץ, חדשות חרץ.

ובנייר־עבודה שלה בנושא זכות־יוצרים (ה־Green Paper) הוצעו הגבלות בנדון, לרבות הצורך לקבל רשיון עבור ציוד כזה המאפשר העתקות בכמויות מסחריות. פתרון אחר שהוצע היה הטלת היטל על המכשירים[256]. כדאי גם להזכיר התפתחות נוספת של ימים אלה: לא מכבר פותח תקליטור המאפשר להקליט עליו — סוג אחד המאפשר הקלטה חד־פעמית וסוג אחר המאפשר להקליט ולמחוק ללא הגבלה. חידושים אלו מקנים חיזוק למסקנה דלעיל.

אשר לפן הספרותי, ברור לנו כי השאלה חופשית מגבירה את חשיפתן של יצירות לסכנות מכונת־הצילום, גם אם במקרים רבים אנשים אינם מוציאים ספר מספרייה ומצלמים את כולו — לכל היותר יצלמו קטע מסוים. אך אותם שיקולים שהוצגו לעיל בנוגע לנגישות הציבור מונעים אפשרות לקבוע איסור מוחלט בנדון. לכן נותרת בעינה מסקנתנו, כי הפתרון הראוי נמצא בדמותו של רשיון־כפייה.

8. רשיונות־כפייה נוספים

(א) כללי

עד כאן עמדנו על רשיונות־הכפייה העיקריים המקובלים בחוקי זכות־יוצרים במדינות שנבדקו על־ידינו. קיימים הסדרי־כפייה נוספים, המוגבלים בחשיבותם או בשכיחותם (לעתים הם מיוחדים למדינה זו או אחרת) ולפיכך לא מצאנו לנכון לדון בהם[257]. עם זאת, כדאי להזכיר בקיצור כמה תחומים שבהם היו התפתחויות טכנולוגיות חדשות, המגבירות את היקף ההפרות בזכויות־היוצרים, וניתן להניח במידה רבה של ודאות כי המחוקק יידרש להן בשנים הקרובות.

(ב) בעיות שטרם מצאו הסדר

(1) **מחשבים.** זהו תחום בעייתי, שרק עתה מתחילים להבין את השלכותיו על דיני זכות־יוצרים[258]. כיום אפשר לאגור כמויות מידע אדירות על דיסקטים ולשעתקם בקלות ללא יכולת פיקוח אפקטיבית. אפילו שיעתוק ה״אנציקלופדיה בריטניקה״ — מבצע המהווה בעיה אפילו בעזרת מכונת־צילום משוכללת — יכול להיעשות תוך זמן קצר ביותר ובעלות אפסית ברגע שהחומר קיים על דיסקט. שוק המחשבים האישיים פורח ומכשיר זה חודר לבתים פרטיים כציוד סטנדרטי. הפיקוח הולך ונהיה אפוא בלתי־אפשרי.

(2) **קליטת שידורים על־ידי צלחות־לוויין.** נגענו באפשרות ״לחטוף״ שידורים ללא תשלום תמלוגים במסגרת הדיון בשידורי־כבלים. ראינו, שבארצות־הברית נחקק חוק שהוסיף לחוק זכות־היוצרים רשיון סטטוטורי בנדון. אבל זהו חוק לאומי

256 הארץ, חדשות תרן, 24.1.89.

257 ראה, למשל, סעיפים 64, 47 ו־49 לחוק הגרמני; סעיפים 33 ו־36 לחוק היפני; סעיפים 53D, 53(d) ו־183 לחוק האוסטרלי; סעיף 301 ו־Schedule 6 לחוק האנגלי — רשיון־כפייה ביצירה Peter Pan.

258 לחומר בעניין ראה Project (לעיל, הערה 203), 975-1028. Breyer (לעיל, הערה 41), 340-350. A.J. Greenbaum, Cowan, Liebowitz & Latman, "Copyright & the Computer: why the Unauthorized Duplication of Copyrighted Materials For Use as Computer Input should Constitute Infringement" *Technology & Copyright* (Maryland, ed. G.P. Bush, 1972) 236.

ומוגבל בהיקף ההסדר, הן מהותית הן בזמן (ההסדר יפקע בסוף 1994). גם החוק האנגלי מ־1988 הרחיב את תחולתו לשידורי־לוויין[259] והוא־הדין בישראל[260]. במרבית המדינות האחרות טרם נעשה ניסיון להתמודד עם הסוגיה. הקושי העיקרי בתחום הזה הוא, שפתרון אפקטיבי אפשרי רק במישור הבינלאומי. צעד ראשון בכיוון נעשה באירופה, שבה נכנסה לתוקף אמנה כללית להסדרת הנושא, אך בכך לא סגי: כשם ששידורי־הלויין הם גלובליים, כן דרוש הסדר גלובלי. אמנם, התנסחה אמנה עולמית בנדון עוד ב־1974, אך נכון לדצמבר 1991 היא אושררה רק על־ידי 13 מדינות[261].

(3) **תקליטור.** זו הקלטה דיגיטלית שבעתיד ניתן יהיה לשדרה דרך לוויין, ופיקוח על כך יהיה בלתי־אפשרי[262]. היטל קלטות יהיה חסר־משמעות בהשוואה להיקף ההפרה, מה גם שההיטל הקיים אינו אוניברסלי ותחולתו מוגבלת למדינות מועטות ביותר. שוב הכרחי כאן הסדר בינלאומי.

(4) **פקסימיליה.** מכשיר זה מאפשר להעביר עותקים מיצירה לכל מקום בעולם דרך קו־הטלפון. גם הוא נמצא בתפוצה גוברת והולכת, הן במשרדים הן אפילו בבתים פרטיים. המכשיר מאפשר השאלות בין ספריות של יצירות והעברת מידע בין ארצות, והוא מרחיב את היקף ההפרות[263].

(5) **מיקרופיש ומיקרופילם בספריות.** זוהי דרך מאוד נוחה ורווחת לאגור מידע בצמצום. ההשפעה על זכויות־היוצרים נובעת מן האפשרות להעתיק ספרים ומאמרים בקלות רבה. כתוצאה מכך אין עוד צורך לרכוש כמה עותקים מיצירה — כפי שנהוג בספרייה גדולה — אלא די ברכישת עותק אחד ושיעתוקו. הדבר כבר נעשה בפועל תוך פגיעה ביוצרים[264]. אין חשש רב מתביעה, מכיוון שמדובר בשימוש לא־מסחרי.

(6) **מכשירי הקלטה לשיעתוק מהיר של קלטות.** זה עתה נדון בבית־המשפט האנגלי מעמדו של וידאו־טייפ כפול המאפשר לשעתק קלטות וידאו בקלות ובאיכות טובה. נקבע, כי אין כל אי־חוקיות במכירת המכשיר, ותביעה לפיצוי בגין שיווקו נדחתה על הסף[265]. פסק־הדין מהווה תזכורת בדבר התקדמות הטכנולוגיה והאפשרות הגוברת לשיעתוק יצירות מוגנות.

259 סעיף 6.

260 תיקון מס׳ 6 לחוק הבזק, תשמ״ט-1989, ס״ח תשמ״ט 104, סעיף 5, המתקן את סעיף 56כ.

261 ראה לעיל, הערה 177.

262 Peer II (לעיל, הערה 91), 423-425.

263 Project (לעיל, הערה 203), 946-947.

264 Project (לעיל, הערה 203), 947-948.

265 *CBS Songs Ltd.* v. *Amstrad* (H.L.) [1988] 2 All E.R. 484.

nevo.co.il

9. הקצאת התמלוגים ליוצרים

(א) כלל[266]

במהלך המאמר בחנו שורה ארוכה של הסדרי־כפייה, אשר התוצאה של כולם היא צבירת סכום־כסף לטובת היוצר. אמנם, ההסדרים הללו ברובם ניתנים להפעלה על־ידי היוצר עצמו, אבל במרבית התחומים נהוג שכלל היוצרים מתאגדים בגוף המייצגם במשא־ומתן, מעניק בשמם רשיון וקובע את שיעור התמלוגים (ברשיון־כפייה במובן הצר), פועל בשמם לאיסוף הכסף ובשלב האחרון דואג להקצאתו האינדבידואלית. נציין, כי תמורת שירותים אלה גובים האיגודים חלק מסוים מן התמלוגים לקופותיהם, והשיעור משתנה מאיגוד לאיגוד ומתחום לתחום. בפרק־משנה זה נעמוד בקצרה על השיטות העיקריות להקצאת הכספים.

(ב) הקצאת התמלוגים על בסיס אישי

חלק מן ההסדרים מושתתים על שיטת חלוקה פשוטה, אשר עיקרה הוא תשלום ליוצר על בסיס של אחד לאחד: כל רשיון־כפייה מזכה אותו ישירות בתמלוגים. מובן, כי שיטה שכזו אפשרית רק בתחומים שבהם ניתן לזהות הן את המפר (זה שחייב בתשלום) הן את בעל־הזכות (הזכאי לתמלוגים). מצב כזה, שבו התמלוגים ניתנים על בסיס אישי, שכיח ביחס לזכות המיכנית (שלגביו כל רשיון מקוטלג), בתחום של הפצת ספרים ותרגומם ובתחום של ביצוע או שידור חינוכי שלא למטרות רווח. בכל המקרים הללו הרשיון ניתן על בסיס אישי וקל לשייך את הכסף. בתחום השידורים קיים סיבוך מסוים והוא הזכות של מבצעים ומפיקים לנתח מן התמלוגים (מכוח הזכויות הקרובות, אשר — כפי שראינו — מעוגנות באמנת רומא). אך אין כאן בעיה אמיתית, שכן ידוע באופן עקרוני למי שייכים התמלוגים, והשאלה היחידה מתייחסת לאופן חלוקת התמלוגים עבור יצירה ספציפית בין שניים או שלושה גורמים. במדינות שונות אומצו בנדון הסדרי־חלוקה שונים[267].

(ג) הקצאת התמלוגים על בסיס קיבוצי

במקרים רבים קשה או בלתי־אפשרי לקטלג את ההפרות ולכן גם לא ניתן לשייך אותן ליוצר מסוים. כתוצאה מכך מתעורר קושי כיצד לחלק בין היוצרים את התמלוגים שנאספו. נעמוד כאן על המקרים המובהקים להקצאת תמלוגים על בסיס קיבוצי.

(1) **תמלוגים משידורי כבלים.** כיוון שההסדר היחיד כמעט בתחום זה נעשה בארצות־הברית, נתמקד בו. ראינו, כי תחנות־הכבלים משלמות תמלוגים לטריבונל סטטוטורי, על־פי מפתח תשלומים מורכב ומשוכלל[268]. עתה נבחן כיצד מוקצים כספים אלה.

266 הדיון בכל הנושא של הקצאת תמלוגים מבוסס על הדו״ח של WIPO (לעיל, הערה 220), אשר מרכז את כל הסוגיה בחתך של התחומים השונים שבחנו.

267 שם, עמ׳ 329-330.

268 פירוט בנדון ראה Nimmer (לעיל, הערה 5), 8-212 — 8-224.

החוק קובע מי זכאי לתמלוגים. זה יכול לכלול יוצרים, מבצעים, מפיקים ושאר בעלי־זכויות ביצירות המשודרות. אדם הטוען לזכאות צריך להגיש לטריבונל דרישה עד למועד מסוים. לאחר מועד זה נדונות בצוותא כל הבקשות שהוגשו. במידה שאלה מתיישבות עם שיעור התמלוגים שנאסף, הם מוקצים והעניין מסתיים. אם אין התאמה — כפי שהמצב הוא על־פי־רוב — מוטל על הטריבונל להחליט איך להקצות את הכסף וליישב בין הדרישות[269]. לצורך העניין נהוג להיעזר ברשימות ממוחשבות של איגודי־היוצרים. נציין, כי לאור העובדה שבדרך־כלל הזכויות בסרטים מועברות על־ידי היוצרים למפיק, חלק ניכר מן התמלוגים מחולק למפיקים. הואיל והשידורים נעשים בגלוי, אין בעיה כאן עם זיהוי מפירים וגם לא עם איתור הזכאים, אלא רק עם חלוקת הכספים על־ידי הטריבונל, נוכח הכמות האדירה של השידורים והזכאים.

(2) **תמלוגים מהיטל על ציוד/קלטות אודיו וידאו.** כאן מרבית ההפרות נעשות ברשות הפרט, ומכיוון שאין כל אפשרות לדעת איזו יצירה שועתקה — לא ניתן לאתר את היוצר שנפגע. כתוצאה מכך יש קושי איך לחלק את כספי ההיטל. נציין, כי לא כל כספי ההיטל מוקצבים ליוצרים. פרט לאחוזים שגובה איגוד־היוצרים, מועברים חלק מהכספים למטרות שונות. אשר ליוצרים, השיטה הרווחת ביותר היא שיטת־הדגימה: מחקרים הראו, כי בהפרות ביתיות שני המקורות העיקריים הם תקליטים ושידורי־רדיו. לכן, על בסיס נתוני שידור, סיכומי מכירות תקליטים ומידע נוסף, ניתן לקבל תמונה די אמינה של היקף ההפרות לגבי כל יוצר ויוצר. גם לגבי קלטות־וידאו נוקטים שיטה דומה, כאשר מסתמכים בעיקר על נתוני שידור בטלביזיה. בשני המקרים קיים קושי עקב שיעתוקים מקלטת לקלטת, שלגביהם אין נתונים.

(3) **תמלוגים מהיטל על מכונות־צילום.** כפי שראינו, קיים כאן הסדר אחד רציני — בגרמניה — ולכן נתמקד בו. כזכור, ההיטל הגרמני מורכב משני סכומים: האחד מהווה היטל על המכונה, והשני — היטל על סוגי מפעילים מסוימים (לפי מדגם של היקף ההפרות אצלם). עקב קשיי אומדן נוהגים לא פעם לערוך הסכם בדבר סכום גלובלי. אשר לחלוקת הכסף, הוא מועבר למול״ים לפי נתוני מכירות של ספרים, ואלה מקצים נתח ליוצרים על בסיס החוזים שלהם. יש מדינות, כמו דנמרק, שבהן על המצלם לצלם עותק נוסף מכל פריט ולציין עליו את מספר העותקים שצילם (את הדפים מרכז מפעיל־המכונה, והם משמשים מפתח לחלוקת הכסף). יש מדינות, אשר מחלקות את הכסף על בסיס קטיגוריות של יצירות ומידת השיעתוק שלהן (למשל: מבחינים בין ספרי־לימוד לרומנים).

(4) **תמלוגים מכוח ה־PLR.** בכל הנוגע למוסיקה, התמלוגים מוקצים כמו אלה המשתלמים מהיטל הציוד במוסיקה, ואילו בתמלוגים לגבי ספרים, ההסדר מבוסס על נתוני ההפצה של הספר (כמה עותקים). אך יש מדינות שבהן הנתון הקובע הוא מספר הספריות שבהן מצוי הספר[270].

269 סעיף 111(d)(5), וראה Nimmer (לעיל, הערה 5), 8-224 — 8-224.2.

270 Levinski (לעיל, הערה 229), 59.

ג. הערכה וסיכום

מאמר זה הוקדש לרשיון־כפייה במסגרת זכות־היוצרים. אחרי שעברנו על שורה של תחומים ונושאים ספציפיים שבהם קיימים רשיונות־כפייה, נבחן עתה את המוסד של רשיון־כפייה בהיבט רחב, שלא באספקלריה של נושא מסוים, וננסה להשיב על השאלה אם הכרח המציאות לעשות שימוש בהסדר זה.

זה המקום לשוב ולהזכיר, כי קיימות כיום שתי מגמות לגיסלטיביזציה בעולם ביחס לרשיונות־כפייה: האחת תומכת בשימוש נרחב בהם (דוגמת ארצות־הברית, יפן ואוסטרליה); והשנייה מנסה להימנע מהם (דוגמת אנגליה[271] וצרפת). אשר לישראל, כאן אין לדבר על מגמה, שכן מאז קיבלנו בירושה את החוק האנגלי, לא חלו בו תמורות של ממש ואין כמעט רשיונות־כפייה בארץ. בימים אלו ממש יושבת על המדוכה ועדה המגבשת הצעת חוק זכות־יוצרים חדש. נכון לשעת כתיבת המאמר, ועדה זו טרם הגיעה לבחינת הסוגיה של רשיונות־כפייה[272].

כפי שראינו, המטרות העיקריות של רשיון־כפייה הן: (א) מניעת ניצול־לרעה של עמדת־כוח מניפולטיבית המוענקת ליוצר; (ב) הבטחת תפוצה רחבה של יצירות; (ג) הבטחת שיפוי ליוצר; (ד) שיקולים פרקטיים: הצרכן רוצה גישה מיידית ליצירה, ואין לו זמן וכסף לחפש את בעל־הזכות ולקבל ממנו רשיון.

מאידך גיסא, הטענות העיקריות נגד רשיון־כפייה הן: (א) פגיעה כלכלית: אין מאפשרים ליוצר למקסם את רווחיו מן היצירה כי עמדת־המיקוח שלו בוטלה (רשיון סטטוטורי) או נחלשה (רשיון־כפייה במובן הצר); (ב) פגיעה בזכות המוסרית של היוצר וביכולתו לאכוף אותה; (ג) שלילת ההגנה של שימוש הוגן מן הציבור, שכן כל שימוש חייב בתשלום תמלוגים; (ד) יצירת רכוש, שניתן לעשות בו שימוש ללא הסכמת הבעלים[273].

טענה מעניינת היא, כי קיימת הקבלה בין רשיון־כפייה לבין סמכות שבירור, המסורה לבית־המשפט להימנע מלתת צו־מניעה בהליך־ביניים בגין הפרה של זכות, כאשר — לדעתו — מתן הצו יפגע בנתבע ללא כל יחס לנזק של התובע. במקרה כזה מאפשרים לנתבע להמשיך בהפרה, תוך תשלום פיצויים לתובע בשיעור סכום, אשר לפי הערכה הצדדים היו מגיעים אליו אילו הגיעו להסכם רצוני. זהו בדיוק פועלו של רשיון־הכפייה. לאור זאת נטען, כי כאשר נקבעים בהסדר־כפייה תמלוגים סטטוטוריים ללא התחשבות במצב השוק, פוגעים בכך ביוצר ומרעים את מצבו אף לעומת סירוב לתת צו־מניעה זמני, כאמור[274].

לאור כל האמור, נצא עתה לבחון את שאלת הצורך ברשיונות־כפייה. אין מנוס מלפצל את הדיון לשתי קטגוריות: מחד גיסא, כל אותם רשיונות־כפייה הנובעים משיקולי מדיניות גרידא; ומאידך גיסא, רשיונות־כפייה שהם פרי התפתחויות טכנולוגיות.

271 בדו"ח של ועדת ויטפורד הוגשו תשע הצעות לרשיונות־כפייה, זאת מבלי להביא בחשבון את הפרק על מדגמים, אך בחוק החדש לא אימצו אף אחת מההצעות בנדון.

272 J. Weisman, "First Steps in Drafting a New Copytight Law for Israel" 10 *EIPR* (1988) 99.

273 M. Berg, "Moral Rights & the Compulsory Licence For Records" 46 *Brooklyn L. Rev.* (1979–1980) 67, 93.

274 Goldstein (לעיל, הערה 47), 1128.

נבחן תחילה את הסוג השני. לאור מה שראינו במהלך המאמר, קשה לפקפק בנחיצותו של רשיון־כפייה בתחומים שבהם הטכנולוגיה יצרה שימוש חדש ליצירות, שהפיקוח והשליטה עליו אינו אפשרי למעשה. ניתן לקרוא לזה במונחים כלכליים ״כשל שוק״, או במונחים קניינים: פגיעה בזכות קניינית שאינה ניתנת לאכיפה.

דיני זכות־יוצרים צעדו תמיד צעד אחד אחרי ההתפתחויות הטכנולוגיות: הדפוס, הפטיפון, הרדיו, הטלביזיה, הטייפ הביתי ועוד. אולם בשנים האחרונות גדל הפער בין הדינים לבין המציאות. עד עתה בחנו כל פגיעה ביוצר בפני עצמה, מבלי לעמוד על כך שהפגיעה המצטברת ביוצר הולכת וגוברת. נמחיש זאת: אם מדובר, למשל, בזמר, שעד סוף המאה הי״ט מופע שלו היה נותר חקוק רק בזיכרון של צופיו, כיום ניתן לשמוע את קולו על־גבי תקליט, ואת התקליט ניתן לשדר ברדיו. את התקליט ניתן לשעתק על קלטת ולהגביר את תפוצתו. את המופע כולו ניתן להסריט ולשדר בטלביזיה, ואף להעבירו בכבלים, ואת השידור של המופע ניתן לשעתק על־גבי קלטת־וידאו ולהשכירה. לכך יש להוסיף לוויינים ואמצעים נוספים. מצד אחד, השיר זוכה להפצה שאין לה אח ורע בהיסטוריה. מצד שני, סיכוייו של היוצר של השיר לקבל תמלוגים אמיתיים מכל אותם שימושים אינו רב.

ניתן, כמובן, לומר, שבמקום לשחות נגד הזרם, על הדין לשחות עמו ולהתיר את כל השימושים הללו. אמנם, יש המדברים כבר על זכות מוקנית של הציבור להעתיק יצירות[275]. אבל לדעתנו, בכך יקיץ הקץ על זכות־היוצרים כולה, שכן הטכנולוגיה מאפשרת יותר ויותר לפרט לעשות מה שעושים מול״ים ויצרני תקליטים, ואם נפטור את הפרט מחובת שיפוי, במהרה ניאלץ לפטור גם אותם ולא ייוותר תמריץ יצירה ליוצרים. דרוש פתרון שיגן על היוצר מבלי שהמחיר יהיה פגיעה בציבור. הפתרון העדיף במקרים רבים הוא אחד מסוגי רשיון־הכפייה. ברם, כפי שהראינו במאמר, במקרים רבים רשיון־כפייה במובן הצר או רשיון סטטוטורי אינם נותנים עוד מענה לבעיות. הנטייה של השוק היא שלא להשתמש ברשיון־כפייה במובן הצר אלא לפעול על בסיס הסכמים רצוניים, הגם שעדיין יש להסדר חשיבות מרתיעה בעצם קיומו. לדעתנו, ההסדר האפקטיבי והפרקטי ביותר הוא הפתרון של רשיון־כפייה מסוג היטל, בעיקר בנושא של שיעתוקים (אודיו, וידאו וספרים). אי־אפשר עוד להשיב את הגלגל אחורנית ולא ניתן לאסור פעולות שכאלו. נותר להתמקד בפיצוי היוצר עד כמה שניתן.

יש גם צורך לשנות את התפישה בהתייחסות לרשיון־הכפייה. כיום מתייחסים אליו כהגבלה על זכות־היוצר; אך ניתן לומר, כי במקרים רבים אין לדבר על רשיון־כפייה אלא על ״זכות שיפוי״, עקב קשיי פיקוח על הפרות מסיביות. אלמלא רשיון־הכפייה, לא היה היוצר מקבל כל פיצוי. לפיכך מוטב לראות בהסדר לא חובה המוטלת על היוצר, אלא זכות המוענקת לו — זכות לפיצוי הוגן[276]. ניתן אף להגדיר זאת כמעבר מהגנה על יצירות להגנה על יוצרים.

עניין זה מביא אותנו לרשיונות כפייה הנובעים משיקולי מדיניות. כאן קשה יותר לקבוע עמדה חד־משמעית, והדיון חייב להיות פרטני. מתעוררת כאן שאלה של

275 Moller (לעיל, הערה 89), 42.

276 Dietz (לעיל, הערה 86), 79; מחקר WIPO (לעיל, הערה 220), 311.

השקפות־עולם ושל הנחות־יסוד, וכן של תנאי שוק שרשיון־הכפייה נועד לשמן. כך ניתן להצביע על שימוש נרחב ברשיונות־כפייה, משיקולים פוליטיים, במדינות מתפתחות הנוהגות בדרך זו לגבי יצירות זרות כדי להבטיח את הפצתן בתחומיהן. עקרונית, ככל שמדינה עוינת זכויות רוחניות של זרים, כך יהיה שימוש נרחב ברשיונות־כפייה.

רשיונות־כפייה כאלה שורדים ככל שנשארות בתוקף העילות לקיומם. כך, אם יימצאו הסדרי־התקשרות מהירים וזולים בין יוצר לצרכן (דרך איגוד־יוצרים ואיגוד־צרכנים) או אם תימצא דרך למנוע מונופוליזציה באמצעות חוקי Antitrust — יעלמו ההצדקות הללו לקיומם של רשיונות־כפייה. אשר למטרות המרכזיות של הבטחת נגישות הציבור ופיצוי היוצר, אלה יכולות למצוא את פתרונן במסגרת כוחות־השוק. כל עוד רשיון־הכפייה מתוכנן ומנוהל כשורה הוא יכול לסייע לפריחה תרבותית, בעוד שאם עושים בו שימוש־לרעה, הוא עלול להפוך למחסום לחילופי־דעות ולהבעה[277]. יש לדאוג לכך, שיוצר לא ימצא את עצמו מוקף רשיונות־כפייה ואיגודי־תמלוגים השולטים בו ופוגעים בזכות המוסרית והכלכלית שלו. כמו־כן, כבר הבענו את עמדתנו, כי אין זה מן ההכרח שרשיון־כפייה אשר נועד לפטור את בעיית הנגישות יקבע גם את המחיר. ברוב המקרים די ברשיון־כפייה במובן הצר ואין צורך ברשיון סטטוטורי שפגיעתו קשה יותר.

מכל־מקום, לא מצאנו סיבה לפסילה עקרונית של עצם ההסדר של רשיון־כפייה. מספיק לשאוף ככל הניתן שהסדר זה יהווה את החריג לכלל ולא את הכלל, שכן זהו מכשיר מצוין במקום שהוא נחוץ ומכשיר מזיק במקום שהוא מיותר. היכן שהזכות הבלעדית של היוצר אינה בת־אכיפה, או שקיימת בעיה של נגישות הציבור ליצירה — ההסדר מוצדק. אך אם הבעיות הללו אינן מתעוררות בחריפותן, והעניין ניתן להסדר על־ידי הצדדים — אין מקום להתערבות חיצונית בכוחות־השוק.

בנוסף, יש להבין, שנוכח הטכנולוגיה המודרנית, תיתכן הגנה עתידית על זכות־יוצרים רק במישור הבינלאומי. רצוי שחוקי זכות־יוצרים ברחבי העולם יהיו זהים ככל שניתן, וזו אחת ממטרותיהן של האמנות הבינלאומיות[278]. אמנם, ראינו כי ישנן שתי מגמות הפוכות בעולם ביחס לרשיונות־כפייה, אך חיוני למצוא איזון ביניהן.

לסיום נביא את דברי השופט Mansfield בפסק־דין *Sayre* v. *Moore*, אשר על־אף שנאמרו לפני מאות שנים, לא נס ליחם:

> We must take care to guard against two extremes equally prejudicial: the one, that men of ability who have employed their time for the service of the community may not be deprived of their just merits and the reward of their ingenuity and labour, the other, that the world may not be deprived of improvements, nor the progress of the arts be retarded[279].

277 Esezobor (לעיל, הערה 37), שם.
278 Seemann (לעיל, הערה 87); Dietz (לעיל, הערה 86), 257, 89.
279 פסק־הדין צוטט ב־*Cary* v. *Longman* (1801) 102 E.R. 138, 140.