

בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 326/00

בפני: כבוד המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוי
כבוד השופט א' מצא
כבוד השופטת ט' שטרסברג-כהן

המערערת: עיריית חולון

נגד

המשיבים: 1. אן.אם.סי מוסיקה בע"מ
2. הד ארצי בע"מ
3. תקליטי הליקון בע"מ
4. פונוקול בע"מ
5. מדינת ישראל

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל-אביב-יפו
מיום 30.11.99 בת"א 1192/96 שניתן על ידי כבוד השופט
ג' קלינג

בשם המערערת: עו"ד ארנן גבריאלי, עו"ד גד אורון

בשם המשיבים 4-1: עו"ד שרה פרזנט, עו"ד עמית קרמון
בשם המשיבה 5: עו"ד תמיר אפורי

פסק-דין

המשנה לנשיא (בדימ') ש' לוי:

1. לפנינו ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו שניתן על ידי השופט ד"ר ג' קלינג.

2. המערערת היא רשות מקומית המפעילה ספרייה ציבורית שבה גם ספרייה מוסיקלית אשר נהגה להשאל תקליטורים לציבור הרחב (להלן - הספרייה). השאלת התקליטורים נעשתה כנגד רכישת מנוי תמורת תשלום צנוע (כמחירו של תקליטור אחד) לארבעה חודשים וכנגד הפקדת פיקדון צנוע אף הוא, המוחזר ברובו למנוי עם תום תקופתו. על פי תנאי המנוי הוא התחייב, בין השאר להחזיר את התקליטורים ששאל

תוך פרק זמן קצוב. כן התחייב הוא שלא להעתיק או להקליט חומר אותו שאל מהספרייה.

המשיבות הן מפיקות של תקליטים ותקליטורים, ולטענתן, להן זכויות יוצרים באותם תקליטורים. כן מייצגות המשיבות חברות זרות שלהן זכויות יוצרים בתקליטורים שהפיקו. בהעדר מחלוקת ממשית לפני בית המשפט קמא בעניין זכויותיהן של המשיבות בתקליטורים אותם נהגה הספרייה להשאיל מקובלת עלינו קביעת בית המשפט המחוזי בעניין זה, ואנו רואים אפוא במשיבות בעלות אותן הזכויות.

3. ביום 26.8.96 פנתה ב"כ המשיבות אל המערערת וטענה כי השאלת התקליטורים בספרייה ללא קבלה מראש של הסכמת המשיבות מהווה הפרה של זכות היוצרים של המשיבות באותם תקליטורים. לפיכך דרשה ב"כ המשיבות מהמערערת להפסיק את פעילות ההשאלה לאלתר. משלא נענתה פנייה זו הגישו המשיבות כתב תביעה נגד המערערת ובו תבעו צו מניעה קבוע האוסר על המערערת או על מי מטעמה להשאיל או להשכיר תקליטורים, צו למתן חשבונות המפרט את כל ההשאלות או ההשכרות של תקליטורים שנעשו על ידי המערערת החל מיום 26.8.96 ואת התקבולים שהתקבלו על ידה בגינן, וכן פיצויים "כפי שיוכחו", ולחלופין פיצוי מרבי ללא הוכחת נזק בהתאם לסעיף 3א לפקודת זכות יוצרים (להלן - הפקודה) בגין "כל זכות שהופרה לגבי כל אחת מההקלטות". בו ביום ביקשו המשיבות גם צו מניעה זמני האוסר על המערערת להמשיך בהשאלת התקליטורים עד למתן פסק הדין.

4. הבקשה לצו מניעה זמני נדונה על ידי השופט שלו המנוח, ונדחתה על בסיס הפרשנות שהעניק בית המשפט לסעיף 13 לפקודה. לעומת זאת פסק הדין, שניתן כשנתיים וחצי לאחר מכן, קיבל את עמדת המשיבות לעניין פרשנות אותו סעיף לפקודה, וקיבל את התביעה. בפסק דינו החלקי הורה בית המשפט המחוזי למערערת להימנע מהשאלה או השכרה של קלטות ותקליטורים החל מיום 1.3.00, ולפרט עד לאותו המועד בתצהיר מה הם הקלטות והתקליטורים שהושאלו והושכרו על ידה החל מיום 1.3.96. מכאן הערעור שלפנינו.

5. סעיף 13 לפקודה, אשר הוסף לה בתיקון משנת תשנ"ו, קובע כדלקמן:

"השאלה או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי, היא זכות יוצרים כמשמעותה בחוק זכות יוצרים".

המונח "קלטת" הוגדר בסעיף 3 לפקודה שהוסף אף הוא באותו התיקון:

" 'קלטת' - התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב."

אין חולק בעניין שלפנינו כי כל אחד מהתקליטורים שהושאלו על ידי הספרייה היווה "קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי". השאלה המשפטית שניצבה במרכז הדיון בבית המשפט המחוזי הייתה האם פעילותה של הספרייה נפלה בגדר "השאלה או השכרה לצורכי מסחר" של אותם תקליטורים.

השופט המלומד קבע שהדיבור "השאלה" ו"השכרה" מקורו בסעיף 182 C(2) - Copyright, Designs and patents Act, 1988 (להלן – החוק האנגלי) שחוקק בעקבות הדירקטיבה האירופית: Council Directive 92/100/EEC (1992) O.J.L 346/61 (להלן – הדירקטיבה האירופית), אך לא העתיק מהחוק האנגלי את הוראת הפטור לספריות ציבוריות, הכלולה בסעיף (5) 182 C לאותו חוק, הפוטרת מהוראותיו השאלה על ידי ספרייה ציבורית, הגובה סכומים שנועדו לכסות את ההוצאות לניהולה, שאינה נחשבת כהשאלה לצורכי מסחר. בנסיבות אלה – כך קבע השופט המלומד – ניתנת התיבה "לצורכי מסחר" הכלולה בסעיף 3 ו' לפקודה לשני פירושים ובנסיבות הענין יש להעדיף את זכויותיהם של בעלי זכות הקנין (המשיבים) על פני זכויות המערערת, והוא – על יסוד סעיף 3 לחוק-יסוד: כבוד האדם וחירותו. השופט המלומד סבר שלא ניתן להצדיק את הפגיעה בזכויות המשיבות על יסוד סעיף 8 לאותו חוק (פסקת ההגבלה). היועץ המשפטי לממשלה התיצב לדיון בערעור זה ותמך בעמדתה של המערערת.

6. חוק הספריות הציבוריות, התשל"ה-1975 (להלן - החוק) מסדיר את פעולתן של ספריות הפתוחות לכל ואשר הוקמו לפיו או הוכרו מכוחו על ידי שר המדע, התרבות והספורט. הספרייה נשוא הדיון הוכרה לפי החוק על ידי השר ביום 4 באפריל 2000.

לאחרונה, לאחר פסק דינו של בית המשפט המחוזי, התקבל בכנסת תיקון לחוק (חוק הספריות הציבוריות (תיקון), התשס"ב-2002 (ס"ח 1852, י"ז בתמוז התשס"ב, 27.6.2002, בעמ' 452) (להלן – חוק התיקון). בתיקון נקבעו שתי הוראות חדשות: בסעיף 1, הוא סעיף ההגדרות, תוקנה הגדרתו של "ספר", כך שזו כוללת כעת גם תקליט, המוגדר "לרבות תקליטור". מכאן, שהחל מיום 27.6.02 רשאית ספרייה ציבורית כהגדרתה בחוק ומכוחו לספק שירותים הנוגעים לתקליטורים. על פי תקנות הספריות הציבוריות (שירותים), התשל"ט-1978, אשר הותקנו לפי סעיפים 6 ו-9 לחוק ואשר לא שונו בעקבות התיקון, כוללים שירותים אלה בין היתר השאלת ספרים - קרי, גם תקליטורים - למבוגרים, לבני נוער ולילדים.

בעקבות התיקון לחוק ביקשנו מבעלי הדין להתייחס לשאלה מהו פועלו של התיקון לחוק על העניין שלפנינו. לאחר דיון בעל פה ביקשנו מבעלי הדין השלמת טיעונים בכתב בשאלה זו. עניינה של המחלוקת שלפנינו הוא אפוא היקפה של זכות ההשכרה וההשאלה של תקליטור, כפי שזו הוגדרה על ידי המחוקק הישראלי בתיקון משנת תשנ"ו, והיחס בינה לבין ההרשאה הנתונה בחוק לספרייה ציבורית כהגדרתה באותו החוק להשאל תקליטורים.

7. סעיף 19(1) לחוק זכות יוצרים, 1911 (להלן – החוק) מעניק ליצרן תקליט או קלטת (phonogram בלע"ז, או בעברית "רשומות קול") את כל הזכויות שמעניק סעיף 1(2) לחוק האמור לבעל זכות יוצרים ביצירה. זכות זו, לפי הגדרתה, אינה כוללת את הזכות למנוע השאלתו או השכרתו של עותק מעותקי היצירה לאחר העברת הבעלות בו אלא את הזכות למנוע סחר בהעתקות מפירות; כך עולה, על דרך הראיה מן ההפוך מהוראות סעיף 2(2) לחוק ומסעיף 3 לפקודה (ראה גרינמן: זכויות יוצרים, אמנים ומפיקים – זכויות, וחובות והסכמים, הוצאת סדן, 1998, בעמ' 69, ה"ש 18) והוא מיישם עקרון כללי. עקרון זה מכונה בארה"ב "דוקטרינת המכירה הראשונה" (first sale doctrine); ראה: M.B. Nimmer & D. Nimmer on Copyright, Lexis publishing, 2001, בעמ' 8-178.4 או "דוקטרינת מיצוי הזכויות" באנגליה ובארצות הקונטיננט: Copinger & James on Copyright 14th ed. P. 1229. יישום מלא של דוקטרינה זו היה מביא לכלל המסקנה כי בעליו של תקליטור רשאי לא רק למכור אותו או לתתו במתנה אלא גם להשכירו או להשאילו ללא הסכמת בעל זכויות היוצרים. בא סעיף 3 ו' ושינה את המצב. הוא קבע כי השאלה או השכרה של תקליטור שבו טבועה יצירה באה בגדר זכות היוצרים ובלבד שהיא "לצורכי מסחר". יהא עלינו איפוא לבדוק כיצד יש לפרש סעיף זה.

8. כמו שציינן השופט המלומד בפסק דינו, ניסוחו של סעיף 3 ו' לפקודה אינו מדוייק. לא היתה כוונה לומר כי השאלה או השכרה של תקליטור מהווה זכות יוצרים; אלא כוונתו של החוק היתה לקבוע כי השאלה או השכרה של תקליטור לצורכי מסחר, ללא רשות, מהווה הפרה של זכות יוצרים. בדין העלו פרקליטי המערערת תמיהה נוספת למקרא נוסחו של החוק והיא: כיצד יתכן שהשאלה – הנעשית ללא תמורה – יכול ותיחשב שנעשתה "לצורכי מסחר"? כפי שיתברר להלן נוכל להשאיר בצריך עיון את השאלה השניה משום שנראה לנו שנוכל להכריע במחלוקת לאור פרשנותה של התיבה "לצורכי מסחר"; ולענין זה מקובל עלינו שיש לקרוא את סעיף 3 ו' לפקודה, במשתמע, כקובע שזכויות היוצרים בתקליטור (להבדיל מזכויות בעל זכויות היוצרים ביצירה המוטבעת עליה) כוללות גם את זכות השאלתו או השכרתו לצורכי מסחר. אלמלא האמור בסעיף 3 ו' לפקודה לא היו לטוענים לבעלות בתקליטור זכויות יוצרים בהשכרתו או השאלתו.

כזכור, קבע בית המשפט המחוזי כי בהשכרת התקליטורים פגעה המערערת בזכות הקניין של המשיבות וכי פגיעה זו עולה על הנדרש. לדעתי צודקת המערערת בטענתה – שעליה לא קבלנו תשובה של ממש בסכומי המשיבות – שלפני שבאים לבדוק את ה"מידתיות" בפגיעה נטענת בזכות קניינית, יש לקבוע תחילה כי אכן קיימת זכות קניינית שנפגעה. זכות קניינית כזו אינה קיימת במעגל החיצוני של החוק או של הפקודה אלא היא נוצרה במעגל הפנימי של סעיף 3 ו' עצמו והיא מותנית בכך שההשאלה או ההשכרה נעשו "לצורכי מסחר". לפיכך – כך אני סבור – לא היה מקום לבחון את המידתיות של הפגיעה אלא להחליט כענין של פרשנות הסעיף, אם אמנם נפגעה זכות קניינית כלשהי של המשיבות. והנה – במעגל הפרשני נתקלים אנו בדיני זכויות היוצרים במתח בין אינטרסים שונים והם, בעיקר, בין האינטרס הקנייני של הטוען לזכות לבין אינטרס הכלל, השווה: רע"א 2687/92 פ"ד מח(1) 251. כך למשל, כנגד הזכות הקניינית של היוצר מעמיד החוק, בסעיף 2(1) רשימה של סייגים כגון כשהמדובר ב"טיפול הוגן ביצירה לשם לימוד עצמי, מחקר, בקורת, סקירה או תמצית עתונאית" (סעיף 2(1)(1) לחוק).

נמצא שהנמקתו של השופט המלומד, לקבלת התובענה אינה יכולה לעמוד; אך הדבר אינו פוטר אותנו מלבחון את סעיף 3 ו' מתוכו הוא וליצוק תוכן לדיבור "לצורכי מסחר", תוך מתן משקל לאינטרסים היחסיים של הטוען לבעלות קניינית מזה ולצורכי הציבור מזה. לעניין זה ראוי לבחון מה המצב במשפט המשווה.

9. ארצות הברית עם שכלול אמצעי ההקלטה והמצאת התקליטורים, המאפשרים השמעה חוזרת באיכות גבוהה לפרק זמן כמעט בלתי מוגבל, התפתחה בארצות הברית פרקטיקה חדשה של ניצול מסחרי של רשומות קול. בראשית שנות השמונים הסתבר שהשכרה של תקליטורים על ידי חנויות שהתמחו בכך היוותה איום ממשי לתעשיית התקליטורים כולה. יותר ויותר חנויות בארה"ב השכירו תקליטורים לפרק זמן קצוב של עשרים וארבע עד שבעים ושתיים שעות, פעמים רבות תוך שמכרו באותה הזדמנות גם קלטות ריקות. היה ברור שמי ששכר תקליטור עשה כן למטרת שכפולו וכתחליף לרכישתו, שכן מכירות התקליטורים הלכו ופחתו ככל שפרקטיקה זו הפכה לנפוצה יותר (נימר, בעמ' 178.4-8). על מנת להתמודד עם התופעה חוקק הקונגרס האמריקאי בשנת 1984 תיקון לחוק, "the Record Rental Amendment of 1984", אשר מיתן את דוקטרינת המכירה הראשונה לפרק זמן קצוב. התיקון הפך לקבוע בדצמבר 1993 בעקבות אימוץ הסכמי נפטא (the North American Free Trade Agreement "Implementation Act", ראה נימר, בעמ' 18-90). על פי התיקון לחוק ממשיכה דוקטרינת המכירה הראשונה לחול במלואה ככל שמדובר במכירה חוזרת של התקליטור. לעומת זאת, העברת החזקה בתקליטור "by rental, lease, or lending, or by any other act or practice in the nature of rental, lease, or lending" של השגת יתרון מסחרי ישיר או עקיף מהווה הפרה של זכות היוצרים בתקליטור אם נעשתה ללא הרשאת בעליה של זכות זו (ראה 17 U.S.C. § 109(b)(1)(A)). הביטוי "מטרה של השגת יתרון מסחרי ישיר או עקיף" מתפרש בהקשר של חוק זכות יוצרים האמריקאי כמטרה של עשיית רווח ישיר או עקיף (ראה נימר, בעמ' 8-178.7 וכן בעמ' 8-192.28-192.30).

בהמשך קובע אותו סעיף כי:

"Nothing in the preceding sentence shall apply to the rental, lease, or lending of a phonorecord for nonprofit purposes by a nonprofit library or nonprofit educational institution".

מכאן, שעל פי הדין הקיים בארה"ב, ספרייה הפועלת ללא כוונת רווח רשאית להשאיל או להשכיר תקליטורים ובלבד שגם ההשאלה או ההשכרה עצמן תיעשנה ללא כוונת רווח. רשות זו בעינה עומדת גם אם הספרייה נוהגת לגבות תשלום צנוע לכיסוי הוצאותיה המנהליות (ראה נימר, בעמ' 8-178.6).

10. לאחר סדרת התדיינויות משפטיות ואחרות בין קבוצות האינטרסים השונות - קרי, יצרני מכשירי ההקלטה וכן חברות התקליטים ובעלי זכויות היוצרים והמבצעים - ניהלו אלה משא ומתן ביניהם שהוביל לבסוף להסכם, אשר קיבל גושפנקא של הקונגרס ולאחר מספר תיקונים נחקק כחוק: The Audio Home Act of 1992 (ראה נימר, בעמ' 8B-9 - 8B-8). החוק קובע בין היתר מנגנון לפיצוי בעלי זכויות היוצרים בגין הנזק שעשוי להיגרם להם כתוצאה מהקלטה ביתית בדמותה של קרן אליה מעבירים כספים יצרני מכשירי ההקלטה הדיגיטליים ויבואניהם. כן קובע החוק כי המקליט הביתי העושה כן ללא מוטיבציה מסחרית ישירה או עקיפה חסין מפני טענה של הפרת זכות יוצרים, וזאת בין אם הוא משתמש במכשיר הקלטה דיגיטלי או אנלוגי (שם, בעמ' 8B-10).

מעניין לציין כי בתיקון תשנ"ו לפקודה אצלנו נקבע פתרון דומה - אף כי לא זהה - לבעיית ההקלטה הביתית. סעיף 3ג לפקודה קובע כי -

"לא תהיה זו הפרה של זכויות יוצרים ומבצעים לטבוע או לשעתק יצירה על גבי קלטת לשם שימוש פרטי וביתי שלא למטרות מסחריות".

סעיף 3ד לפקודה קובע כי הממשלה תפצה את בעלי זכויות היוצרים ואת בעלי זכויות המבצעים על אבדן הכנסה ופגיעה בזכויות הנגרמת להם בשל טביעה או שעתוק על קלטות לשם שימוש פרטי וביתי לפי סעיף 3ג, על ידי העברה שנתית של סכום בשיעור של 5% מהמחיר לצרכן של סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי בשנה שקדמה לשנה הנדונה. סעיף 3ה לפקודה ממשיך וקובע כי במקרה של חלוקי דעות לגבי חלוקת הגמול יכריע בעניין בית המשפט.

הסדרים דומים קיימים גם במדינות האיחוד האירופי אוסטריה, בלגיה, דנמרק, פינלנד, צרפת, גרמניה, יוון, איטליה, הולנד, פורטוגל וספרד, אף שאין כל דירקטיבה אירופית בנושא (ראה קופינג'ר וג'יימס, בעמ' 1288 ה"ש 68).

11. הדירקטיבה האירופית - בתשעה עשר בנובמבר 1992 נתקבלה הדירקטיבה האירופית. כפי שהוצהר במבוא לדירקטיבה, מטרתה היתה בראש ובראשונה ליצור הרמוניה בהגנה המשפטית הניתנת לבעלי זכויות היוצרים בקשר להשכרה ולהשאלה של יצירותיהם במדינות האיחוד האירופי השונות (ראה ס"ק 1 במבוא לדירקטיבה האירופית). הרמוניה זו הייתה נחוצה שכן הפער האמור בין המדינות עיוות את הסחר ביניהן (ראה (G. Tritton, Intellectual Property in Europe, 1996, p. 201).

פרק 1 סעיף 1 לדירקטיבה קובע בין היתר כי מדינות האיחוד יכירו בזכות ההשכרה וההשאלה של יצירות מקוריות ושל עותקיהן, בכפוף לאמור בסעיף 5 בדירקטיבה. הדירקטיבה מתייחסת ליצירות מסוגים שונים ואינה מצטמצמת לקביעת זכות ההשכרה או ההשאלה של רשומות קול. לענייננו, משמעות הדירקטיבה היא שככלל יש לקבל את הסכמת בעלי זכויות היוצרים על מנת להשכיר או להשאל רשומות קול.

סעיף 1(2) קובע כי משמעות המונח "השכרה" למטרת הדירקטיבה היא:

"making available for use, for a limited period of time and for direct or indirect economic or commercial advantage"

סעיף 1(3) קובע כי משמעות המונח "השאלה" למטרת הדירקטיבה היא:

"making available for use, for a limited period of time and not for direct or indirect economic or commercial advantage, when it is made through establishments which are accessible to the public"

כאן המקום לציין ש"ק 14 במבוא לדירקטיבה קובע כי -

"(14) Whereas, where lending by an establishment accessible to the public gives rise to a payment the amount of which does not go beyond what is necessary to cover the operating costs of the establishment, there is no direct or indirect economic or commercial advantage within the meaning of this Directive"

מכאן, שפעילותה של ספרייה ציבורית כדוגמת זו נשוא הערעור מהווה "השאלה" ולא "השכרה" במונחי הדירקטיבה.

סעיף 5 לדירקטיבה מסמיך את מדינות האיחוד לקבוע חריגים לזכות ההשאלה הציבורית - להבדיל מזכות ההשכרה - בכפוף לכך שלפחות היוצרים יקבלו תמלוגים בגין השאלה זו. הסיפא לס"ק 1 של סעיף 5 קובעת כי -

"Member States shall be free to determine this remuneration taking account of their cultural promotion objectives"

ס"ק 2 לסעיף 5 קובע כי מדינות שאינן מיישמות את זכות ההשאלה לעניין תקליטים, סרטים ותוכנות מחשב ישלמו תמלוגים לפחות ליוצרי יצירות אלה. ס"ק 3 לסעיף 5 ממשיך וקובע כי המדינות החברות רשאיות לפטור קטגוריות מסוימות של מוסדות מתשלום התמלוגים האמורים.

12. מרבית המדינות החברות באיחוד האירופי יישמו את הדירקטיבה, (ראה: G. Tritton, Intellectual Property in Europe, Second Supplement, 1999, p. 56 Report From The Commission to The Council, The European Parliament וכן: And the Economic And Social Committee on the Public Lending Right in the European Union, Brussels, 12.9.2002 (להלן – הדו"ח האירופי). כך למשל, בעקבות הדירקטיבה תוקן החוק האנגלי, Copyright, Designs and Patents Act 1988 (להלן - החוק האנגלי) והוספה לו בשנת 1996 הוראת סעיף 18A, הקובעת את זכות ההשכרה וההשאלה לציבור ומאמצת את הגדרת הדירקטיבה האירופית לעניין האבחנה בין המושגים "השכרה" ו"השאלה". ההוראה מוציאה מגדר "השכרה" ו"השאלה" פעולות מסוימות, כגון השאלה בין מוסדות הנגישים לציבור (ראה ס"ק 4), ומאמצת במפורש את האמור בס"ק 14 למבוא לדירקטיבה, שמשמעותו נדונה לעיל. במסגרת אותו התיקון נוספו לחוק האנגלי גם הוראות סעיף 40A, אשר ס"ק 2 שבו קובע כדלקמן:

"Copyright in a work is not infringed by the lending of copies of the work by a prescribed library or archive (other than a public library) which is not conducted for profit".

כלומר, ספרייה "רשומה" אשר אינה מנוהלת למטרת רווח המשאילה תקליטורים ללא הסכמת בעלי זכויות היוצרים בהם חסינה מכוח החוק מפני טענה של הפרת זכויות אלה. חלק ניכר מהספריות באנגליה - ממשלתיות או עירוניות - מהוות ספריות "רשומות" ולפיכך רשאיות להשאיל תקליטורים ללא צורך בקבלת רשות מבעלי זכויות היוצרים וללא צורך לשלם תמלוגים. מלבד תת-ההגדרות הפרטניות המתייחסות לספריות ספציפיות כוללת ההגדרה של ספרייה רשומה:

"Any other library conducted for the purpose of facilitating or encouraging the study of bibliography, education, fine arts, history, languages, law, literature, medicine, music, philosophy, religion, science (including natural and social science) or technology, or administered by any establishment or

organisation which is conducted wholly or mainly for such a purpose”

“The Copyright (Librarians and Archivists) (Copying of Copyright Material) Regulations 1989” (ראה פסקה 6 לחלק A לנספח מס’ 1 לתקנות הנקראות “The Copyright (Librarians and Archivists) (Copying of Copyright Material) Regulations 1989” - (להלן - תקנות הספרייות); כן ראה את תקנה 35 לתקנות הנקראות “The copyright and Related Rights Regulations 1996”, הקובעת כי “ספרייה רשומה” לצורך סעיף 40A(2) הנ”ל היא כל ספרייה המפורטת בפיסקאות 2-6 לחלק A לנספח 1 לתקנות הספרייות).

מכאן, שהפטור הניתן באנגליה מחובת תשלום התמלוגים על פי הדירקטיבה בקשר לפעילותן של ספריות ציבוריות, לרבות השאלת תקליטורים, הוא אכן רחב בהיקפו.

כן יש להזכיר את סעיף 66 לחוק האנגלי, אשר הוסף אף הוא בעקבות הדירקטיבה האירופית, המסמיך את מזכיר המדינה (The Secretary of State) ליצור בצו רשיונות כפייה להשאלה ציבורית של יצירות מסוגים שונים, לרבות רשומות קול - להבדיל מאשר רשיונות כפייה להשכרתן - כנגד תשלום נאות אשר גובהו ייקבע, בהעדר הסכם, על ידי הטריבוטל המיוחד לזכויות יוצרים. על פי ס”ק 4 חייב צו כאמור לקבל את אישורם של שני הבתים בפרלמנט. ככל הנראה לא הפעיל מזכיר המדינה את סמכותו זו עד כה (ראה קופינג’ר וג’יימס בעמ’ 1574). מרבית מדינות אירופה יישמו את הוראות הדירקטיבה תוך מתן פטור לקטגוריות רחבות של ספריות ציבוריות המשאילות תקליטים מתשלום תמלוגים כלשהם. כך הדבר באירלנד, איטליה, הולנד, ספרד, פורטוגל ופינלנד, וכאמור – גם בבריטניה (ראה הדו”ח האירופי בעמ’ 10).

בחלק ממדינות אירופה טרם יושמו כהלכה הוראות הדירקטיבה ובפועל כלל לא משולמים בהן תמלוגים עבור השאלה בספריות: בלגיה, צרפת, יוון ולקוסמבורג (ראה הדו”ח האירופי בעמ’ 9).

12. תזכיר חוק זכויות יוצרים - בתזכיר חוק זכויות יוצרים, התשנ”ט-1999, שלא הפך עד כה להצעת חוק, קיימת התייחסות מפורשת להשכרה על ידי ספרייה או ארכיון. בתזכיר עצמו מופיעות שתי גרסאות: אחת מהן קובעת באופן גורף כי “השכרה לציבור של עותק של יצירה מותרת על ידי ספרייה או ארכיון שבבעלותם של מוסדות ללא כוונת רווח”. הגרסה השנייה קובעת פטור גורף כאמור אך לעניין יצירה המבוטאת בכתב,

בעוד שלעניין יצירה אורקולית, רשומת קול ותוכנת מחשב קובעת היא למעשה הסדר של רשיון כפייה: השכרת עותק של יצירה כאמור לציבור על ידי מוסדות מהסוג האמור מותרת אך כנגד תשלום הוגן ליוצר. בהעדר הסכמה לעניין הגמול מוצע בתזכיר כי הגמול ותנאי תשלומו ייקבעו על ידי בית הדין לזכויות יוצרים (ראה שתי הגרסאות לסעיף 24 לנוסח החוק המוצע בתזכיר הנ"ל).

13. פרשנות סעיף 13 לפקודה – כאמור, תזכיר החוק נותר כתזכיר בלבד ואף לכלל הצעת חוק לא הגיע. הטכניקה בה בחר המחוקק שלפנינו ליצירת האיזון בין אינטרס הציבור לבין האינטרס של בעלי זכויות היוצרים היא טכניקה של מגבלה "פנימית" על הזכות בדמותה של הגדרה מצמצמת לזכות עצמה. זכות ההשכרה וההשאלה מוגדרת בפקודה כ"השאלה או השכרה, לצורכי מסחר, של קלטת שבה טבועה יצירה או חלקה המהותי". ההגדרה היא מצמצמת הן מבחינת סוג היצירות עליהן היא חלה - והשווה לדירקטיבה האירופית שתוארה לעיל - והן מבחינת סוג הפעילות אליה היא מתייחסת: השכרה או השאלה שאיננה "לצורכי מסחר" אינה מהווה חלק מהגדרת הזכות ולפיכך השכרה או השאלה כאמור אינה מהווה פגיעה בזכות האמורה. טכניקה זו היא שונה מזו שאומצה בדירקטיבה האירופית, אשר קובעת כאמור הגדרה רחבה של הזכות הן מבחינת סוג הפעילות אליה היא מתייחסת והן מבחינת סוג היצירות עליהן היא חלה, ואשר קובעת בצד אותה הגדרה אפשרות למתן פטורים במשטר החוקי הפנימי של המדינות חברות האיחוד האירופי. מעניין כי גם הדירקטיבה האירופית מאפשרת פטורים אך כשמדובר במה שמוגדר על ידה כ"השאלה" ולא כ"השכרה", כשהיסוד המבחין בין שתי הפעולות הללו הינו מטרת השגת היתרון המסחרי במישרין או בעקיפין. יש להדגיש שוב כי פעילותה של ספרייה כדוגמת זו נשוא הערעור אינה נתפשת בדירקטיבה האירופית כפעילות של השכרה אלא של השאלה, כלומר ככזו שאינה מיועדת להשגת יתרון מסחרי ישיר או עקיף.

14. כיצד אם כן יש לפרש את הביטוי "לצורכי מסחר" בסעיף 13 לפקודה? האם פעילותה של הספרייה נשוא הערעור נכללת בביטוי זה? פשיטא שבלשון יומיומית אין פעילותה של ספרייה ציבורית כדוגמת זו נשוא הערעור נתפשת כפעילות מסחרית. באשר לפעילות זו נפסק לא מכבר כי:

"שני עקרונות יסוד מנחים את פעילותה של הספרייה הציבורית: האחד, טבוע בעצם הגדרת המונח 'ספרייה ציבורית' והוא - כי הספרייה תהא פתוחה לציבור הרחב, ותיענה לכל המבקש להרחיב דעת לבוא בשעריה. עקרון יסוד שני, הנגזר מהראשון הוא, כי שירותי הספרייה

הבסיסיים ינתנו חינם, ובכך תובטח לכל אדם זכות גישה למקור חשוב זה של השכלה, תרבות ודעת, בלא התנייה באשר ליכולתו הכלכלית (סעיף 7 לחוק). שני העקרונות האמורים עומדים בלב ההסדר החקיקתי הנוגע לספריות הציבוריות. הם משקפים תפיסה חברתית המייחסת חשיבות מהותית לקיומן כאמצעי לקידום ערכי חינוך, תרבות וחברה, והכרה כי המדינה חבה חובה לספק לאזרחיה מקור זה להרחבת הדעת חינם אין כסף, על בסיס שוויון מלא של הזדמנויות (דברי הסבר להצעת חוק הספריות הציבוריות, תש"ב-1972, הצ"ח 981, עמ' 158). חשיבות מיוחדת נודעת לספרייה הציבורית באיזורים המרוחקים מהמרכזים העירוניים ובקרב שכבות אוכלוסיה מעוטות יכולת, שחשיפתן למוקדי תרבות והשכלה אחרים רחוקה מהישג יד. תרומה מיוחדת לה בעיצוב דמותו של הדור הצעיר וחשיפתו לתרבות העולם. מכל הבחינות האמורות משמשת הספרייה הציבורית אמצעי חשוב במימוש זכותו הבסיסית של האדם לחינוך ולתרבות".

(ראה בג"ץ 2376/01 תק-על 2002(3), 2665, בפסקה 4 לחוות דעתה של השופטת א' פרוקצ'יה).

עקרונות אלו העומדים בבסיס פעילותה של ספרייה ציבורית מצאו ביטוי בתיקון לחוק בסעיף 1א:

"מטרה חוק זה בא להסדיר את פעילותן של הספריות הציבוריות לטובת הציבור, במטרה לקדם את החינוך והתרבות בישראל ולהבטיח שירותי ספרייה ציבורית, בזמינות ובאיכות סבירים, לצד אמצעים להבטחת מקורות המימון למימוש מטרה זו".

15. פרשנותן של המשיבות, כאילו די בכך שהספרייה עוסקת בפעילות קבועה המתייחסת לציבור מתחלף של אנשים על דרך העיסוק על מנת שפעילותה זו תחשב פעילות לצורכי מסחר, אינה עולה בקנה אחד עם משמעותו המילולית הפשוטה של הביטוי האמור. פרשנות זו חותרת תחת העיקרון הבסיסי המנחה את פעילותה של ספרייה ציבורית, הטמון בעצם היותה "ציבורית", דהיינו, פתוחה לציבור הרחב. על פי הגיון טענתן של המשיבות, כל פעילות המתבצעת על ידי גוף שזהו עיסוקו והמכוונת להיטיב עם הציבור הרחב הינה פעילות "לצורכי מסחר". דומה כי אין צורך להכביר מלים על חריגות הלשונית של פרשנות זו.

האם פרשנות שאינה רואה בפעילות הספרייה האמורה פעילות לצורכי מסחר עולה בקנה אחד עם תכליתם של דיני זכויות היוצרים?

במשפט האנגלו-אמריקאי נתפשת ההצדקה הבסיסית לדינים אלו כרצון לתת תמריץ ליוצר על מנת להשיג נגישות מכסימלית של היצירה לציבור הרחב. מורשתם של דיני זכויות היוצרים הישראליים היא מורשת זו. ראינו כי בארה"ב ובאנגליה קיים פטור למעשה לספריות דוגמת הספרייה נשוא הערעור מחובת תשלום התמלוגים, וזאת מן הסתם נוכח התפיסה הבסיסית האמורה של דיני זכויות היוצרים ונוכח הרצון לתת משקל לחשיבותם של מוסדות מהסוג האמור לקידום התרבות והחינוך באותן מדינות. יתירה מזו: ראינו כי גם הדירקטיבה האירופית, שצמחה על רקע תפישה שונה של דיני זכויות יוצרים - תפישה המדגישה ביתר שאת את זכותו של היוצר לתגמול בגין יצירתו - מאפשרת קביעת פטורים על ידי המדינות החברות באיחוד האירופי כשמדובר בפעילות מהסוג בו אנו דנים. נוכח כל אלה, נראה לי כי יש לקבוע כי אין מקרא יוצא ידי פשוטו, וכי פעילותה של הספרייה נשוא הערעור אינה מהווה פעילות לצורכי מסחר; ולענין זה אין חשיבות לעובדה שהפקודה לא כללה הוראת פטור כדוגמת הוראת הפטור בחוק האנגלי, והנובעת ממבנה אחר של אותו חוק.

יש לזכור כי בעלי זכויות היוצרים זכאים לתגמול מכוח החוק בגין הקלטות ביתיות, אשר אינן נחשבות הפרה של זכויות אלו (ראה סעיפים 33 ו-34 לפקודה). תגמול זה יש בו כדי לאזן במשהו את הפגיעה הנגרמת להם כתוצאה מהגדרת זכותם הקניינית למנוע את ההשכרה או ההשאלה ככזו המתייחסת לפעילות לצורכי מסחר בלבד. זהו האיזון בו בחר המחוקק הישראלי, ואין לומר כי הוא חריג בנוף דיני זכויות היוצרים בעולם. יתרה מזו, דומה כי טענתן של המשיבות לפיה יש לאפשר להן למנוע לחלוטין את השאלת התקליטורים על ידי הספריות הציבוריות חורגת אף מעבר לתפישת הדירקטיבה האירופית, המחמירה-יחסית, בה דנו לעיל.

16. נוכח התוצאה אליה הגענו אנו פטורים מלדון בשאלות אחרות שבעלי הדין עוררו לפנינו, כגון מה המשמעות של "השאלה" או "השכרה" בסעיף 3 ו' לחוק ומה הן ההגנות הנתונות בחוק הישראלי לקלטות "זרות". גם אין לנו צורך לדון במשמעותו של צו זכות יוצרים (הסכם טריפס), התש"ס-2000, אשר הוצא מכוח סעיף 6 לפקודה. גם אין לנו צורך לחוות דעה לגבי פועלו של חוק התיקון על המקרה שלפנינו.

אנו מקבלים את הערעור, מבטלים את פסק דינו של בית המשפט המחוזי ודוחים את התביעה. המשיבות תשלמנה למערערת את הוצאותיה, כפי שתישומנה על ידי הרשם לפי תקנה 513 לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984, וכן שכר טרחת עו"ד - 50,000 ₪ בשתי הערכאות.

המשנה לנשיא (בדימ')

השופט א' מצא:

אני מסכים.

ש ו פ ט

השופטת ט' שטרסברג-כהן:

אני מסכימה.

ש ו פ ט ת

ניתן היום, ו' אייר תשס"ג (8.5.2003).

ש ו פ ט ת

ש ו פ ט

המשנה לנשיא (בדימ')