

# מדינת ישראל<sup>1</sup>

## משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (המחלקה למשפט אזרחי)

ירושלים, כ"א אלול, תש"ף

10 ספטמבר, 2020

### פרשנות סעיף 33 לפקודת זכות יוצרים, 1924

1. סעיפים 33-ב3 לפקודת זכות יוצרים, 1924 (להלן – הפקודה), קובעים כי הממשלה תפצה מדי שנה את בעלי זכויות היוצרים ואת בעלי זכויות המבצעים, באמצעות חברות התמלוגים, בגין שימוש פרטי וביתי בצורת הקלטת יצירות על קלטות, שימוש אשר אינו מהווה הפרה על פי סעיף 33 לפקודה.
2. על פי הקבוע בפקודה, סכום הפיצוי הוא 5% מהמחיר לצרכן, ללא מע"מ, של סך כל הקלטות שנמכרו בישראל לשימוש פרטי וביתי בשנה שקדמה לשנה עבודה מבוצע התשלום. הוועדה לפי סעיף 33(ד) (להלן – הוועדה) קובעת את הנתונים הדרושים לצורך קביעת הסכום.
3. בהחלטה משנת 2000 קבעה הוועדה כי לא ניתן להצביע על נתונים ודאיים ומדויקים שיאפשרו חישוב של הסכום שתשלם המדינה ליוצרים ועל כן הוועדה ביצעה אומדן על יסוד נתונים סטטיסטיים והערכות כלכליות, כאשר בבסיס החישוב מצויים נתוני המכס בנוגע לייבוא קלטות ריקות (וידאו ואודיו), כפי שניתחה אותם הוועדה. בשנת 2005 עודכנה נוסחת החישוב, בין היתר בעקבות תיקון רשימוני המכס כך שנוצר סיווג מיוחד לקלטות ולסלילים, והסכום חושב לפי פרטי מכס מיוחדים לקלטות שמע וקלטות וידאו ריקות.
4. הפקודה מגדירה "קלטת" כ"התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב". הוועדה, בהחלטתה משנת 2005, פירשה קלטת במובן המילולי המקובל – סרט מגנטי מגולגל בתוך מחסנית פלסטיק המיועד לשימוש במכשירי וידאו או במכשירי הקלטה ביתיים.
5. בהתאם לפרשנות זו ולנוסחאות החישוב שנקבעו בהחלטות הוועדה, הפיצוי בשנת 2000 (בגין שנת 1999) עמד על 1,250,000 ₪, לחלוקה בין חברות התמלוגים (כהגדרתן בסעיף 33 לפקודה), ובשנת 2005 הועמד הסכום על 1,500,000 ₪. משנת 2005 חולק סכום זה מדי שנה והוא לא עודכן בהתאם לנתוני יבוא הקלטות הריקות השנתיים.
6. לאחרונה נעשה בירור מול המכס לקבלת הנתונים העדכניים לשנת 2018, לצורך חישוב סכום הפיצוי לשנת 2019 בהתאם לנוסחת החישוב שנקבעה בהחלטת הוועדה בשנת 2005. על פי

המידע שהועבר ממשרד האוצר, נתוני היבוא האחרונים הקיימים בנוגע לפרטי המכס של קלטות שמע וקלטות וידאו, הם משנת 2012, והם בסך של \$280 בלבד. לפי נתונים אלה סכום הפיצוי עומד על סך של כמה עשרות שקלים בלבד.

7. לנוכח רקע עובדתי זה, התבקשה חוות דעתנו בשאלה האם פרשנות הוועדה משנת 2005 לעניין פירוש המונח "קלטת" עומדת בעינה, או שמא יש לפרש אחרת מהי "קלטת" לאור השתנות העתים והמציאות העובדתית כמתואר לעיל. שאלה פרשנית זו תיבחן הן מצד התכליות האובייקטיביות והסובייקטיביות של ההסדר והן מבחינת האפשרות של בחירה פרשנית שתביא לאיון ההסדר חקיקתי.

### "גמול קלטות ריקות" - האפשרויות הפרשניות

8. כאמור, הוועדה לפי סעיף 3ד(ד) פירשה את הגדרת "קלטת" במובן המילולי המקובל – סרט מגנטי מגולגל בתוך מחסנית פלסטיק המיועד לשימוש במכשירי וידאו או במכשירי הקלטה ביתיים, ואת כוונת המחוקק של סיפת ההגדרה ("למעט התקן המשמש המיועד לשימוש במחשב") שנועדה להוציא מתחולתה במפורש, ובאופן גורף, אמצעי הקלטה דיגיטליים כגון תקליטורים ריקים שכן אלה מיועדים לשימוש במחשב. זאת בין היתר משום שישנו קושי להעריך איזה חלק מן התקליטורים הנמכרים משמש להעתק יצירות מוזיקליות ואודיו-ויזואליות, ואיזה חלק משמש ליצירות אחרות כגון תוכנות מחשב או שימושים אחרים כגון גיבוי קבצים, שאותם נועדה סיפת ההגדרה להוציא מתחולת ההסדר.

9. אולם, ניתן להציע פרשנות אחרת מזו שנקטה בה הוועדה, ולפיה הסיפה "למעט התקן המשמש המיועד לשימוש במחשב" לא נועדה להוציא מתחולת המונח "קלטת" תקליטורים והתקנים אחרים באופן גורף, כקטגוריה של התקנים המיועדים לשימוש במחשב, אלא נועד לכוון את שיקול דעתה של הוועדה בקביעת הנתונים הדרושים לצורך קביעת הסכום (כאמור בסעיף 3ד(ד) לפקודה), כך שהוועדה תעריך איזה חלק מבין ה"קלטות" המיובאות נועד אכן להעתקה של יצירות לשימוש פרטי וביתי, ואיזה חלק נועד למטרות אחרות, כגון - שימוש בתקליטורים במחשב.

10. ואכן, הוועדה בשתי החלטותיה נדרשה לשאלה מהו שיעור הקלטות המיובאות הנמכרות לצורך שימוש פרטי וביתי. בהחלטה משנת 2000 הניחה הוועדה לטובת היוצרים כי כל הקלטות המיובאות נמכרות לצורך זה, ואילו בשנת 2005, מן הטעמים המפורטים בהחלטה, העריכה הוועדה כי החלק היחסי של הקלטות הנמכרות לצורך שימוש פרטי הוא 75%.

11. לחלופין, אף אם יש לפרש מהי "קלטת" בפרשנות מילולית-דווקנית, עדיין ניתן לפרשה ככוללת אמצעים מתקדמים להעתקת תכנים: גם אם ההגדרה מוציאה מתחולתה במפורש אמצעי הקלטה דיגיטליים כגון תקליטורים ריקים, כוננים ניידים וכד' שכן אלה מיועדים לשימוש במחשב, התקנים כגון iPod, MP3 או טלפונים חכמים נכללים בהגדרת "קלטת" בשונה מתקליטורים, שכן התקנים אלה אינם מיועדים לשימוש במחשב.

12. בבחירה בין אפשרויות פרשנות אלה, נבחן את תכלית ההסדר החקיקתי, ובין היתר בהתחשב בתוצאות המעשיות של כל אחת מן הפרשנויות המוצעות. בעניין זה ציין הנשיא ברק, בספרו על פרשנות החקיקה כי:

"כאשר מתן משמעות טבעית ורגילה ללשון החוק מובילה את הפרשן לתוצאה אבסורדית, מותר לפרשן ליתן ללשון החוק משמעות שאינה טבעית ואינה רגילה, ובלבד שבמתן משמעות זו תוגשם מטרתו של החוק."<sup>1</sup>

### **תכלית החקיקה – התכלית הסובייקטיבית**

13. הולדתו של הסדר "גמול הקלטות" הוא בהצעת חוק פרטית (הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים – קלטות (תיקוני חקיקה)), התשנ"ו–1995 במסגרתה הוצע לשנות מן המצב שהיה קיים בזמנה, לפיו העתקה היא אסורה גם את נעשתה לצרכים פרטיים, ולקבוע כי שכפול או טביעה של יצירה או ביצוע אינם בגדר הפרה אם נעשו לשימוש פרטי או ביתי, על גבי קלטת ששולם בעבורה גמול. בהצעת החוק הופיעה ההגדרה קלטת כך: "התקן כלשהו שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו, בדרך כלשהיא, טביעה". על פי דברי ההסבר להצעת החוק, המונח "קלטת" נועד להיות רחב ולכלול כל התקן שהוא ובלבד שאין עליו טביעה, לרבות התקני וידאו, אודיו, או התקן דיגיטלי.

14. בדיוני ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 22.2.1996, אשר הכינה את הצעת החוק לקריאה הראשונה, ציינה עו"ד שרה פרזנטי, היועצת המשפטית של הפדרציה הישראלית לתקליטים:

"אנחנו מדברים כרגע על אודיו שנמצא בירידה, ועל הווידאו שאולי נמצא בעלייה. אבל שכחנו עוד דבר אחד. יש לנו דיסקים, ואת הדיסקים אתה לא קונה היום בשוק חופשי דיסק ריק, זה עניין של עוד כמה חודשים, שמחיר הציוד קצת ירד. יש בחו"ל לקנות דבל דיסק, כמו שיש דבל קסט. המכשיר הזה הוא יקר. כרגע הוא עולה 10,000 דולר, אבל גם מכשיר וידאו רגיל עלה פעם 10,000 דולר. אנחנו מדברים על קלטת, וזה כולל גם את הדיסקים. מפני שקלטות האודיו יעלמו, גם הווידאו יעלמו, האודיו והווידאו הם יהיו על דיסקים. זה עניין של עוד שנתיים".

15. חה"כ המציע, ח"כ דדי צוקר ציין באותו דיון כי גובה הגמול שישתלם ליוצרים הוא על פי הערכה של סך הקלטות לשימוש ביתי, על בסיס המכירה בפועל.

### **תכלית החקיקה – התכלית האובייקטיבית**

16. מטרת הסדר גמול הקלטות הריקות, בארץ ובעולם, היא לפצות את היוצרים, המבצעים, מפיקי תקליטים ומפיקים של יצירות אודיו-ויזואליות, על הפגיעה בהכנסותיהם שהיא

<sup>1</sup> ברק, פרשנות החקיקה, עמ' 282

תוצר של התפתחות הטכנולוגיה ומגוון האפשרויות להטבעה, הקלטה, שכפול ושעתוק של יצירות באמצעים ביתיים פשוטים.<sup>2</sup> על אף שהעתקה באה בגדרי זכות היוצר, ישנו קושי מעשי לקבל אישור מבעל הזכות בגין כל העתקה פרטית, ואף בעלי הזכויות אינם יכולים לפקח על הפרות באופן אפקטיבי.<sup>3</sup>

17. בהצעת החוק לקריאה הראשונה<sup>4</sup> הוגדרה "קלטת" כך: "התקן שאין עליו טביעה ושניתן לטבוע בו טביעה קולית או טביעה ויזואלית, למעט התקן המיועד לשימוש במחשב". אולם, מאז שנת 1996 בה נחקק הסדר "גמול הקלטות" חלה התפתחות טכנולוגית ענפה עוד יותר, וכיום ישנם סוגים רבים של התקנים המשמשים לצריכת מוזיקה ויצירות אודיו ויזואליות, כגון MP3, iPod, Disk-on-key, כוננים ניידים, טאבלטים או טלפונים חכמים. בחינת תכלית ההסדר של גמול ליוצרים בגין מעשי הפרה שאינם ניתנים לאכיפה יעילה, מתקיימת גם באשר להתקנים אלה.

### **פרשנות חקיקה - פרשנות מקיימת**

18. בפנינו עומדות שתי אפשרויות פרשניות. האחת, פרשנות המתיישבת עם לשון החוק במידה הטובה ביותר, אולם היא מביאה לאיונו של ההסדר החקיקתי; והשנייה, פרשנות המבוססת על תכליות החקיקה אשר מביאה להתאמת ההסדר החקיקתי למציאות העובדתית בימינו, מעל לשני עשורים מאז שנחקק.

19. ההתייחסות להמעטה בהגדרה של "התקן המיועד לשימוש במחשב" כמוציא מגדר "קלטת" כל התקן דיגיטלי תביא כאמור לתוצאה המאיינת את ההסדר החקיקתי ובכך היא סותרת את כוונת המחוקק:

"כלל הוא, שאם הפירוש המילולי של החוק יביא לאבסורד ולתוצאה אשר בעליל סותרת את כוונת המחוקק, רשאי בית המשפט לפרש את החוק, פירוש, העומד בסתירה ללשונו, ולעתים, להתעלם ממלים המופיעות בו. אך כך ייעשה רק באותם מקרים יוצאי דופן, כאשר אין ליתן ללשון החוק כפשוטה פירוש סביר כלשהו".<sup>5</sup>

20. אנו סבורים כי איון החקיקה היא תוצאה פרשנית שיש להימנע ממנה, כל עוד קיימת אפשרות לשונית לפרשנות מקיימת העולה בקנה אחד עם תכליות החקיקה, ואין מקום להיצמד לפרשנות מילולית-דוקטרינרית שמביאה לתוצאה שאינה תואמת את המציאות:<sup>6</sup>

"במלא בית המשפט את תפקידו לתת תוקף לחוק החירות, אסור לו, כמובן, לעשות צעד כלשהו לקראת ביטול הכתוב או הפיכתו לאות מתה, אך מאידך

<sup>2</sup> הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים – קלטות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996, הצ"ח 2520, עמ' 601.  
<sup>3</sup> WIPO, International Survey on Private Copying (2016), עמ' 5, ור' גם פרוטוקול ועדת החוקה, חוק ומשפט של הכנסת מיום 22.2.1996, עמ' 7;

<sup>4</sup> הצעת חוק זכויות יוצרים ומבצעים – קלטות (תיקוני חקיקה), התשנ"ו-1996, הצ"ח 2520, עמ' 601.

<sup>5</sup> בג"צ 305/82 מור נ' הוועדה המחוזית לתכנון ובניה, מחוז המרכז, פ"ד לח(1) 141, 148.

<sup>6</sup> ע"א 65/49 פריזלר נ' וויס, פ"ד ה 878 (5.4.1951).

גיסא, בתתו את דעתו (כפי שהוא חייב לעשות) על המטרה העומדת מאחורי סעיף החוק הנדון, גם חלילה לו לבית המשפט, להתעלם מתנאי הזמן המתחדשים שלאורם יש לקיים אותה מטרה."

21. וכן:<sup>7</sup>

"הפרשנות התכליתית של מעשה חקיקה צופה מעצם טיבה את פני העתיד, ומעגנת אל תוכה את הצורך המובנה להתאים את ההסדר החקיקתי לעיתות הזמן המשתנות, ולצרכים החברתיים המתהווים מעת לעת, הכל במסגרת המטרה שאותה מבקש החוק להשיג. שילובם של הצרכים המשתנים במסגרת תכלית החוק איננו רק מתיישב עם מטרת החוק. הוא מובנה בליבת התכלית עצמה, והוא עצם מעצמיה. ניתוק התכלית מהצרכים המשתנים ומהדינמיקה המשתנה של החיים מקפיא את המטרה בנקודת זמן היסטורית, שההיצמדות אליה עלולה לפגוע בהשגת מטרת החוק, ולהביא להחטאת היעד אותו התכוון מעשה החקיקה להשיג. במסגרת האופציות הלשוניות האפשריות של נוסח הכתוב, כך יש וראוי ליישם את תכלית החוק כדי להגשים באופן אמיתי ומלא את יעדיו."

22. הדברים נכונים ביתר שאת כאשר מדובר בשינויים עקב התפתחות טכנולוגית:<sup>8</sup>

"ידוע הוא שהטכנולוגיה מקדימה לרוב את המשפט. במקרים אלה המחוקק ובתי המשפט נדרשים ליצוק את תמצית העקרונות הקיימים, הטובים והמבוססים – לקנקנים משפטיים חדשים (משל אלה היו יין ישן המשתבח עם הזמן, וזקוק רק לכלי מודרני יותר. השוו: Stephen Breyer Active Liberty 64 (2009)).

עיינו גם: ד"ר שלמה לוין, תורת הפרוצדורה האזרחית – מבוא ועקרונות יסוד, הפרק בדבר: שינויים במציאות הטכנולוגית – כלל פרשנות לגיטימי, בעמ' 144-142 (מהדורה שניה, 2008) (להלן: תורת הפרוצדורה האזרחית), שממנו ראוי לצטט את הפתיח:

"כללי הדיון הם תולדה של נסיון חיים והם מותקנים, כרגיל, על רקע של מציאות טכנולוגית. עם שינוי מציאות זו יש לשנות את הכללים ואם מתקין התקנות אינו מדביק את קצב ההתפתחויות, אך מותיר לבית המשפט שיקול דעת לגבי אופן הפעלתן, צריך וינתן להן פירוש התואם, ככל שהדבר ניתן, את המציאות החדשה" (שם, בעמ' 142; מועיל לעיין אף בדוגמאות ובאסמכתאות המובאות בהמשך לגבי: המצאה מחוץ לתחום השיפוט; גביית עדות בחוץ לארץ ופורום לא נאות).

<sup>7</sup> דנ"פ 10987/07 מדינת ישראל נ' ברק כהן, פ"ד סג(1) 644 (2.3.09)  
<sup>8</sup> ע"א 9183/09 The Football Association Premier League Limited נ' פלוני (13.5.2012), בפסקה 5 לפסק דינו של השופט מלצר.

23. בהקשרי קניין רוחני בית המשפט נוהג לפרש פרשנות תכליתית את החקיקה בהתאם להתקדמות הטכנולוגיה. כך למשל העברת תכנים בטכנולוגיה של הזרמה (streaming) הוכרה כשידור:<sup>9</sup>

"העברת תכנים באמצעות רשת האינטרנט, לרבות באמצעות שיטת ההזרמה, היא מאפיין עיקרי ומרכזי של העידן הדיגיטלי. אין הצדקה, אפוא, להגביל את ה"שידור" אך לאמצעים טכניים הקודמים לדור האינטרנט. להיפך. חקיקת החוק החדש מסמלת את התאמת דיני זכויות היוצרים הישראליים לעידן הדיגיטלי ולאתגרים שהוא מציב בתחום הקניין הרוחני. החוק מבקש, ככלל, להתאים עצמו לאמצעי ההעברה המודרניים, ולא להוציא מגדרו דווקא את אותם האמצעים הטכנולוגיים המתקדמים. נמצא, אם-כן, כי לא רק שלשון החוק אינה שוללת את הזרמת התכנים ברשת האינטרנט, אלא שגם מבחינה מהותית קיימת הצדקה להכרה בשידור ככולל טכניקה זו."

#### **מהי "קלטת" - מסקנות**

24. לאור העיקרון לפיו יש להעדיף פרשנות מקיימת, בבחינת שתי האפשרויות הפרשניות לסעיף 3ד לפקודת זכות יוצרים, ובהתחשב בתכלית החקיקה שנועדה לפצות את בעלי הזכויות בגין מעשי הפרה שאין אפשרות יעילה דיה לאכפם שכן הם מתבצעים בספירה הפרטית, לדעתנו נכון לפרש קלטת באופן מרחיב יותר מזה שבחרה הוועדה בשנים 2000 ו-2005, ולכלול בהגדרה אף התקנים דיגיטליים. מסקנה זו מתחזקת לנוכח ההתייחסות המפורשת לתקליטורים ("דיסקים") בדיונים בהצעת החוק, ולנוכח פיתוחם של התקנים דיגיטליים חדשים מאז חקיקת החוק, ואף הוועדה בהחלטתה משנת 2005 ציינה כי עמדתה בנוגע לפרשנות הצרה תישקל בעתיד אם לא תעודכן החקיקה או אם ישתנו הנסיבות.

25. בהקשר זה יצוין כי בעת קביעת הנתונים הרלוונטיים לחישוב הגמול, יש לקחת בחשבון לא רק את היקפי היבוא של התקנים אלה, אלא גם להעריך את שיעור השימוש בהתקנים אלה לצורך ביצוע העתקות לעומת שימושים אחרים בהתקנים ולעומת צריכת תכנים באמצעות התקנים אלה אשר אינה מהווה הפרת זכות יוצרים, ובשים לב לאמצעי האכיפה העומדים לרשות בעלי הזכויות.

אילת פלדמן, עו"ד  
אשכול קניין רוחני  
יעוץ וחקיקה (המחלקה למשפט אזרחי)

<sup>9</sup> שם, בפסקה 14 לפסק דינו של השופט ריבלין.