

כ"ט 27
בתמוז
ביוולי
התשע"ד
2014

תגובה להצעת חוק הארכת תקופת זכות יוצרים בתקליט וזכויות מבצעים (תיקוני חקיקה), התשע"ג-2013

מצ"ב תגובה להצעת החוק הנ"ל. התגובה נכתבה במסגרת הקליניקה למשפט וטכנולוגיה, המרכז למשפט וטכנולוגיה, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

בברכה,

דלית קן-דרור פלדמן, עו"ד
מנחה משפטית, הקליניקה למשפט וטכנולוגיה
המרכז למשפט וטכנולוגיה
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה

תגובה להצעת חוק הארכת תקופת זכות יוצרים בתקליט וזכויות מבצעים (תיקוני חקיקה), התשע"ג-2013

כללי

1. הובאה לידיעתנו הצעת החוק בעניין הארכת תקופת זכות יוצרים בתקליט וזכויות מבצעים. הצעת החוק מבקשת להאריך את תקופת ההגנה על תקליט מ-50 שנים ל-70 שנים מיום יצירתו ואם פורסם – מיום פרסומו, וכן מבקשת הצעת החוק להאריך את תקופת ההגנה של המבצע במקום 50 שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי לתקופה של 70 שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי, ואם פורסם מחדש בטכנולוגיה חדשה במהלך אותה תקופה – לתקופה של שבעים שנים מיום פרסומו.
2. להלן התייחסותנו להצעת חוק זו. נציין כבר עתה כי לשון הצעת החוק הנוכחית מאפשרת דה פקטו **הגנה ארוכה אף יותר מ-70 שנים**. נפרט על כך להלן.

הארכת זכות היוצרים בתקליט

3. כיום הגנת זכות היוצרים בתקליט הינה לתקופה של 50 שנים מיום יצירת התקליט (סעיף 41 לחוק זכות יוצרים). תקופה זו לא נקבעה בשרירותיות. על כך יעידו אף דברי ההסבר להצעת החוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005:
"בשונה מתקופת זכות היוצרים ביצירות אחרות, לגבי תקליט התקופה המקובלת בעולם היא תקופה של 50 שנים ממועד עשייתו. תקופה זו אף מתחייבת לפי סעיף 14(5) להסכם טריפס, והיא קבועה היום בסעיף 19(1) לחוק 1911, ומוצע שלא לשנותה".
4. נציין כי הגם שבחלק ממדינות העולם הוארכה לאחרונה התקופה, ועל כך עוד להלן, הרי שהדבר, למיטב ידיעתנו, אינו מתחייב מכוח האמנות הבינלאומיות עליהן חתומה ישראל. כך בסעיף 14(5) להסכם הטריפס נקבעה תקופה של לפחות 50 שנים:
"the term of the protection available under this Agreement to performers and producers of phonograms shall last at **least until the end of a period of 50 years** computed from the end of the calendar year in which the fixation was made or the performance took place. The term of protection granted pursuant to paragraph 3 shall last for at least 20 years from the end of the calendar year in which the broadcast took place."
5. אחת הסיבות שניתן למצוא לתקופת ההגנה הקצרה המוענקת לתקליט לעומת ההגנה בשאר היצירות, היא העובדה כי ברירת המחדל בחוק מעניקה את הזכויות הכלכליות בתקליט **למפיק התקליט**, בעוד שהבעלות ביצירות האחרות היא בדרך כלל של היוצר והיוצר זכאי לקבלת התמלוגים ולניהול זכויותיו, דבר שנשלל מהאמן המבצע של תקליט (שלעיתים הוא אף היוצר – כותב המילים והלחן ולעיתים אינו היוצר).
6. תקופה אף קצרה יותר מ-50 שנים נקבעה באמנת רומא (International Convention for the Protection of Performers, Producers of Phonograms and Broadcasting Organization,

1961). שם, בסעיף 14 לאמנה, נקבעה הגנה של 20 שנים לפחות מסוף השנה בה קובע (fixed) התקליט:

"The term of protection to be granted under this Convention shall last at least until the end of a period of twenty years computed from the end of the year in which:

- (a) the fixation was made—for phonograms and for performances incorporated therein;
- (b) the performance took place—for performances not incorporated in phonograms;
- (c) the broadcast took place—for broadcasts."

7. לא זו בלבד אלא שהצעת החוק בלשונה כיום, מציעה להעניק הגנה ארוכה מ-70 שנים ושנשלטת בלעדית על ידי מפיק התקליט. לשון הצעת החוק קובעת כי אם פורסם תקליט במהלך התקופה בה היה מוגן, הרי שמניין השנים מתאפס ומתחיל מחדש. הדבר ייצור חוסר וודאות בשוק שכן תקופת ההגנה תהיה תלויה אך ורק במפיק שברצותו יפרסם את התקליט ויזכה להגנה מועדפת של 70 שנים נוספות מיום הפרסום, על אף שכבר נהנה מהגנת זכות יוצרים עד אותו מועד. יצויין כי בחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: חוק זכות יוצרים), יצירה אינה מקבלת הגנה מחודשת אוטומטית אם היא רק מתפרסמת מחדש.

8. בכל הנוגע לטענה כי לא יהיה תמריץ לפרסום מחודש של תקליטים ישנים, הרי שניתן לחשוב על דרכי שימור אחרות, כגון – תיעודם, שמירתן ושימורם, לרבות המרה ממדיה ישנה לחדשה, בספריה הלאומית של מדינת ישראל או בגופים אחרים דומים. יתר על כן, ייתכן שתקליט דווקא יזכה לעדנה מחודשת אם יפוגו הזכויות בו, שכן:

- א. אומנים צעירים יוכלו לעשות שימוש בתקליט וליצור מוסיקה חדשה המבוססת מהותית על התקליט הישן (ליצור יצירה נגזרת) וזאת מכיוון שלא יצטרכו לשלם תמלוגים לחברות ההפקה עבור שימוש זה.
- ב. אנשים יוכלו להעלות את השירים לאינטרנט ולהפיצם באתרים כגון אתר זמרשת ודומיו.
- ג. העובדה שניתן יהיה להעלות את התקליטים לרשת (להעמידם לרשות הציבור) תאפשר אף את השימור התרבותי והציבור הרחב יוכל להתוודע מחדש לתקליטים אלה.

מן הראוי לציין, כי אין אנו דנים בנייר עמדה זה בשאלת זכויות היוצרים בלחן ובמילים לשירים עצמם, שכן ייתכן שההגנה עליהם לא תסתיים בתום ההגנה על התקליט עצמו. שאלות אלה יש לבחון על פי הוראות חוק זכות יוצרים.

9. בספטמבר 2011 התקבלה דירקטיבה באיחוד האירופאי (DIRECTIVE 2011/77/EU) בה הוארכה ההגנה על תקליטים ברוב המקרים מ-50 שנים ל-70 שנים. עם זאת, גם לדירקטיבה הנ"ל הוכנסו מספר סעיפים המאזנים את הארכת ההגנה למפיק, ביניהם למשל סעיף המכונה Use it or Lose it. סעיף זה מאפשר לאמן המבצע לסיים את החוזה שלו מול

המפיק בתום 50 שנים, אם המפיק בוחר שלא להציע עותקים של התקליט לציבור בכלל או באיכות מספקת:

“If, 50 years after the phonogram was lawfully published or, failing such publication, 50 years after it was lawfully communicated to the public, the phonogram producer does not offer copies of the phonogram for sale in sufficient quantity or does not make it available to the public, by wire or wireless means, in such a way that members of the public may access it from a place and at a time individually chosen by them, the performer may terminate the contract by which the performer has transferred or assigned his rights in the fixation of his performance to a phonogram producer (hereinafter a “contract on transfer or assignment”). The right to terminate the contract on transfer or assignment may be exercised if the producer, within a year from the notification by the performer of his intention to terminate the contract on transfer or assignment pursuant to the previous sentence, fails to carry out both of the acts of exploitation referred to in that sentence. This right to terminate may not be waived by the performer. Where a phonogram contains the fixation of the performances of a plurality of performers, they may terminate their contracts on transfer or assignment in accordance with applicable national law. If the contract on transfer or assignment is terminated pursuant to this paragraph, the rights of the phonogram producer in the phonogram shall expire.”

כל זאת, על מנת לאפשר לאמן המבצע להפיק את המירב מהתקליט, ולהחזיר את השליטה בו לידי, אם המפיק בוחר שלא להמשיך את הפצת התקליט או פרסומו.
10. גם על החוק בארה"ב, שחישוב משך ההגנה בו על תקליטים סבוך במעט, נמתחה ביקורת רבה וקיים מחקר המראה כי הארכת התקופה מעבר להגנת 50 השנים, אינה מועילה כלל ועיקר כי אם פוגעת בנגישות הציבור הרחב לנכסי צאן ברזל ובשימורם. ראו למשל – Tim Brooks, Only in America: The Unique Status of Sound Recordings under U.S. Copyright Law and How It Threatens our Audio Heritage (http://www.recordingcopyright.org/pdf/AMuscop_fn1.pdf)

סיכום ביניים – הארכת ההגנה בתקליט

11. לאור כל זאת, אנו מציעים להשאיר את הקבוע בחוק על כנו, שכן 50 שנים ממועד יצירת התקליט מעניקים, לעניות דעתנו, די זמן למפיק למצות את זכויותיו בתקליט. לחילופין, אם יוחלט להביא את הצעת החוק לקריאות נוספות, הרי שמוצע להשמיט את הסיפא ולקבוע "לתקופה של שבעים שנים ממועד יצירתו" וכן להבהיר כי תחולת החוק היא מיום קבלתו לגבי תקליטים שנוצרו לאחר מועד זה ולא על תקליטים שנוצרו קודם למועד האמור. כך גם אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה מוצע לאמץ את הסעיף המכונה Use it or Lose it מהדירקטיבה האירופאית, כפי שאוזכר לעיל ואף איזונים נוספים, ככל שיימצא לנכון.

הארכת זכות המבצעים

12. הצעת החוק מציעה להאריך את זכות המבצע מ-50 שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי לתקופה של 70 שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי, ואף להאריך הגנה זו ב-70 שנים, אם הביצוע פורסם מחדש בטכנולוגיה חדשה במהלך אותה תקופה, לתקופה של שבעים שנים מיום פרסומו.

13. טיעונינו שהובאו לעיל רלוונטיים אף בעניין זה בשינויים הרלוונטיים. עליהם נוסף מספר שיקולים נוספים שיש לדעתנו לשקול.

14. נעיר כבר עתה כי ההגנה הניתנת בהצעת החוק למבצע ארוכה בהרבה מ-70 שנים שכן היא אינה קבועה ויכולה להשתנות אם יוחלט לפרסם את היצירה מחדש בטכנולוגיה אחרת. דה פקטו ההגנה הניתנת בהצעת החוק יכולה להגיע עד ל-140 שנים מיום הביצוע המקורי, תקופת הגנה נרחבת יתר על המידה המשווה את הגנת המבצע להגנת זכות היוצרים ואף לעיתים אולי מרחיבה מעבר לתקופת ההגנה שניתנת בזכות יוצרים.

15. ניכר כי קיים רצון להבדיל בין זכות יוצרים לבין זכות מבצעים בכל הנוגע למשך תקופת ההגנה, לאור השוני המהותי בין יוצר, המביא לעולם יצירה חדשה, לעומת המבצע אשר מקבל לידו יצירה מוגמרת ועושה לה ביצוע מקורי. אנו מציעים לשמור על הבחנה זו ולא לנסות לדמות את שתי הזכויות השונות מבחינת משך ההגנה.

16. בשולי הדברים נעיר כי, גם אין הגדרה בחוק מה ייחשב בבחינת "טכנולוגיה חדשה" – האם טכנולוגיה שלא הייתה קיימת ביום הפרסום הראשון או שמא טכנולוגיה שלא עשו בה שימוש נקודתית באותו התקליט. הדבר עלול לגרום לעיכוב אף ביציאתה של טכנולוגיה חדשה לשוק התקליטים.

17. כיום בסעיף 10 לחוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984 נקבעה הגנה של 50 שנים מתום השנה בה בוצע הביצוע המקורי. תקופה זו הוארכה מ-25 שנים ל-50 שנה בעקבות הסכם הטריפס בחוק לתיקון דיני הקניין הרוחני (התאמה להוראות הסכם טריפס) תשנ"ט-1999.

18. מן הראוי לציין כי גם כיום באמנות מאוחרות יותר הוכרה הזכות של המבצעים ל-50 שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי. וראו למשל את הקבוע בסעיף 14 לאמנת ביג'ין משנת 2012 Conference Beijing Treaty on Audiovisual Performances (adopted by the Diplomatic [on the Protection of Audiovisual Performances in Beijing, on June 24, 2012]):

“The term of protection to be granted to performers under this Treaty shall last, at least, until the end of a period of 50 years computed from the end of the year in which the performance was fixed”.

סיכום ביניים – הארכת ההגנה למבצעים

19. לאור כל זאת, אנו מציעים להשאיר את הקבוע בחוק על כנו, שכן 50 שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי מעניקים די זמן למבצע או מי שאוחז בזכויות הביצוע (שלו רוב ככל הידוע לנו אינו המבצע עצמו) למצות את זכויותיו בביצוע.

לחילופין, אם יוחלט להביא את הצעת החוק לקריאות נוספות, הרי שמוצע להשמיט את הסיפא ולקבוע "לאחר שבעים שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי" וכן להבהיר כי תחולת החוק היא מיום קבלתו ולא על ביצועים שנוצרו קודם למועד האמור. כך גם אם יוחלט להמשיך בהליכי החקיקה מוצע לאמץ את הסעיף המכונה Use it or Lose it מהדירקטיבה האירופאית, בשינויים המחוייבים אף פה - כך שהביצוע, למשל, יעבור לנחלת הכלל אם המבצע אינו מעמיד אותו לשימוש הציבור בדרך סבירה, ואולי אף לקבוע איזונים נוספים, ככל שיימצא לנכון.

סיכום

20. אנו מציעים שלא להמשיך בהליכי החקיקה ולהותיר את משך תקופות ההגנה על תקליט ועל הביצוע על כן, כפי שהן קבועות כיום, נוכח הנימוקים השונים שהובאו לעיל ונוכח העובדה כי החוק דהיום עולה בקנה אחד עם האמנות להן מחוייבת ישראל, למיטב הבנתנו.

21. לחילופין אם יוחלט בניגוד להמלצתנו הנ"ל, להמשיך בהליכי החקיקה – אנו מציעים לשנות את הנוסח ההצעה כך שירשם:

1. תיקון חוק זכות יוצרים, בחוק זכות יוצרים, התשס"ח–2007: בסעיף 41, במקום "לתקופה של חמישים שנים ממועד יצירתו" יבוא "לתקופה של שבעים שנים ממועד יצירתו".

2. תיקון חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד–1984, בסעיף 10, במקום "לאחר חמישים שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי" יבוא "לאחר שבעים שנים מתום השנה שבה בוצע הביצוע המקורי".

22. כך גם הצענו כי יתווספו סעיפים בהם ייקבע כי אם המפיק או בעל הזכות בביצוע מחליטים שלא להציע עותקים של התקליט או הביצוע לציבור בתום 50 שנה בכלל או באיכות מספקת, הרי שהזכות תחזור למבצע או לנחלת הכלל בהתאמה, על מנת שניתן יהיה להפיצם בקרב הציבור ולא למנוע את הגישה אליהם לאורך זמן רב.

23. בכל הנוגע לתחולת החוק, אם יוחלט להמשיך עם הצעת החוק, הצענו לציין כי התחולה תהא פרוספקטיבית - רק על תקליטים ועל ביצועים שיוצרו לאחר כניסת התיקון לתוקף.