

הערות מכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג

בנושא הצעת חוק זכויות מבצעים ומשדרים (תיקון – הגנה על זכויות מבצעים בגין יצירותיהם מקום

המדינה), התשע"ח-2018

'צוות מעקב חקיקה' **במכון ש. הורוביץ לקניין רוחני ע"ש ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל**, הפועל בפקולטה למשפטים באוניברסיטת תל אביב, מתכבד להגיש הערות ביחס להצעת החוק שבנדון.

א. רקע

הצעת חוק – לידתה

1. חוק זכויות מבצעים ומשדרים, התשמ"ד-1984 (להלן: החוק), מגן על זכויות המבצעים ומעניק להם זכות בלעדית על הביצוע שלהם. לפי חוק זה, מבצע הוא אדם המבצע במשחק, בשירה, בנגינה, במחול או בדרך אחרת, יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקלית.¹ סעיף 14 לחוק קובע כי הוא חל על ביצוע שנוצר החל מיום ה-20 ביולי 1984 ואילך בלבד.

2. הצעת חוק זכויות מבצעים ומשדרים (תיקון – הגנה על זכויות מבצעים בגין יצירותיהם מקום המדינה), התשע"ח-2018 (להלן: הצעת החוק) היא הצעת חוק פרטית שהוגשה על ידי חבר הכנסת מאיר כהן. מטרת ההצעה היא להעניק תמלוגים למבצעים עבור ביצועיהם שבוצעו החל מיום הקמת המדינה, ב-14 במאי 1948. כלומר, בכוחה של הצעת החוק למנוע את ההפליה הקיימת בין מבצעים שיצרו את יצירתם לפני ה-20 ביולי 1984 לבין מבצעים שיצרו את יצירתם לאחר כניסת החוק לתוקף במועד זה.²

3. לפי דברי ההסבר להצעת החוק, הבעייתיות בחוק הקיים נובעת מכך שמבצעים רבים אינם זכאים לתמלוגים בגין ביצועיהם, משום שהחוק אינו חל עליהם. מצב זה פוגע באמנים ותיקים ומבוגרים, שיצירותיהם מהוות נדבך משמעותי בתרבות הישראלית. לפיכך, הצעת החוק מבקשת לתקן את היעדר השוויונות בזכויות בין כלל האמנים והיצירות מכלל הדורות.³

ב. הדין הקיים

4. לפי אמנת רומא, משנת 1961 והעניקה הכרה בין-לאומית לזכויותיהם של המבצעים ובהשראתה נחקק החוק בישראל,⁴ ההגנה על המבצע מצומצמת למקרים בהם בוצע "ביצוע חיי" בלבד, ולכן איננה חלה על תיעוד הביצוע - ה"טביעה". סוגיה זו נדונה לפני למעלה מעשרים שנה, בעניין **פליטאל**,⁵ ובו נקבע כי אמנם

¹ ס' 1 לחוק.

² הצעת חוק זכויות מבצעים ומשדרים (תיקון- הגנה על זכויות מבצעים בגין יצירותיהם מקום המדינה), התשע"ח-2018, פ/5200/20. ³ שם.

⁴ טוני גרינמן **זכויות יוצרים** 887 (מהדורה שנייה, 2008).

⁵ ת"א (מחוזי ת"א) 149/94 **חברת התמלוגים לאמני ישראל בע"מ נ' פליטאל**, פ"מ תשנ"ה (3) 151 (1995).

ההגנה ברובה מתייחסת ל"ביצוע חי", אך יש הגנה מסוימת גם על ה"טביעה", למרות שהיא מוגבלת. יודגש כי לפי סעיף 2 לחוק, שליטתו של המבצע מוגבלת ל"טביעה" הראשונה, שאותה אין לעשות אלא בהסכמתו. משהסכים המבצע לטביעה הראשונה, נשללת זכותו לאסור שעתוק (כלומר, העתקת ההקלטה) שנעשה לאותה מטרה לה ניתנה ההסכמה. המשמעות היא שאין המבצע יכול לשלוט על הפצת העתקים של ביצועו אלא אם עיגן זאת באופן חוזי מול המקליט. עם זאת, נדרשת הסכמתו באופן נפרד לעניין שידור הביצוע (בין אם מדובר בשידור ביצוע חי או טביעה של הביצוע).⁶

5. כמו כן, לפי החוק, מבצע זכאי לתמלוג ראוי על השמעה או הצגה של ביצועו.⁷ מן הפסיקה עולה כי אין הכרעה ברורה בנוגע לאופי זכות זו: האם היא שוות ערך לזכות היוצרים הקניינית,⁸ או שמא היא זכות ממונית בלבד.⁹ נראה כי לעניין "השמעה" ו"הצגה" קיימת למבצע זכות ממונית גרידא, ואילו לגבי שידור, באופן נפרד, מוקנית לו זכות מעין-קניינית.

6. בנוגע ל"תמלוג ראוי", קובע החוק כי התמלוגים למבצע ישולמו ל"ארגון התמלוגים היציג" שמייצג את המספר הגדול ביותר של מבצעים ובעלי זכויות מבצעים.¹⁰ בישראל, הוכר בפסיקה איחוד של התאגידים 'אשכולות' ו'עיל"ם'. בתור "הארגון היציג של המבצעים בישראל".¹¹ עם זאת, עלתה מחלוקת בפסיקה בנוגע להיקף סמכויות האכיפה של הארגון: בעניין **יורוטקס** נקבע כי הארגון רשאי להגיש תביעה בגין אי-תשלום עבור ביצוע ספציפי;¹² בעניין **דן** נקבע כי זכות התביעה במקרה של הפרה נתונה למבצע, אך הוא רשאי לייפות את כוחו של הארגון לתבוע בשמו.¹³

7. בצד היתרונות הטמונים בניהול משותף מסוג זה, עולה גם בעייתיות בנוגע לכוח המונופוליסטי שעלול להיווצר לארגון-גג כזה, אותו הוא עלול להפעיל הן כלפי משתמשים והן בעלי זכויות. בישראל, לא הייתה הסדרה של הנושא, ותאגידים מסוג זה אף זכו לגישה אוהדת מצד בתי המשפט.¹⁴ עם זאת, בחינה של הממונה על ההגבלים העסקיים הובילה לפסיקה כי פעילותן של הפדרציות לתקליטים מהווה מונופולין והסדר כובל, ובהמשך נקבע כך גם לגבי אקו"ם.¹⁵ ועדיין, היות ש"הארגון היציג של המבצעים בישראל" פועל לפי סעיף 3א לחוק, כבילותיו אינן בגדר הסדר כובל "קלאסי".

⁶ ת"ק (שלום ת"א) 3105/06 סוקי נ' חברת אם. סי. אי תקליטים בע"מ, פדאור 122 38(06) (2006).

⁷ ס' 3א(א) לחוק.

⁸ כך בעניין ת"א (שלום-ים) 12224/03 הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' יורוטקס טקסטיל בע"מ, פ"מ תשס"ד (3) 611 (2005).

⁹ כך בעניין ת"א (מחוזי פ"ת) 1636-04-08 הארגון היציג של המבצעים בישראל נ' חברת מלונות דן, תק-מח 3849 (4)08 (2008).

¹⁰ ס' 3א(ג) לחוק.

¹¹ עניין **יורוטקס**, לעיל הי"ש 8.

¹² עניין **יורוטקס**, שם.

¹³ עניין **דן**, לעיל הי"ש 9.

¹⁴ רע"א 6141/02 אקו"ם בע"מ נ' תחנת השידור גלי צה"ל, פ"ד נז(2) 625, 629 (2003).

¹⁵ הי"ע 3574/00 הפדרציה הישראלית לתקליטים וקלטות בע"מ נ' הממונה על ההגבלים העסקיים, דינים מחוזי לד(4) 174 (2004); ת"א שלום (י-ם) 15441/01 אקו"ם נ' הרשקוביץ, תק-של(1)03 (1)15 (2003).

ג. ביקורת ההסדר המוצע

8. **פגיעה במשתמשים ויצירת אפקט שלילי.** אין עוררין על הרווח הגלום בהצעת החוק עבור המבצעים שביצעו ביצועים לפני 1984, ושעדיין יש עניין ציבורי בביצועים שלהם. אך מצדו השני של המטבע נמצאים הגופים המעוניינים לשדר את אותן יצירות וכעת יחוייבו בתשלום חדש אשר בכוחו לשנות את הרגלי השימוש של אותם גופים משדרים. כך לדוגמה, תחנת רדיו הנוהגת להקדיש מספר שעות שבועיות להשמעת שירים ישראלים מן התקופה שקדמה לשנת 1984, תיאלץ כעת לפתוח במשא ומתן חדש עם בעלי הזכויות בביצוע ולפתוח את כיסם על מנת לממן את קבלת הרישיון. כאשר נקודת המוצע היא שאותם גופי רדיו מתנהלים בהתאם לתקציב כספי מוגדר מראש, הרי שבהינתן הוצאות כספיות חדשות יישאר פחות כסף בקופה הכללית עבור רכישת זכויות שידור אחרות. כמובן, שינוי חקיקה כזה עלול לפגוע בכדאיות רכישת הרישיון החדש מלכתחילה, ועל כן עלול להשפיע על סוג התכנים שתחנת הרדיו תשדר, למשל לצמצם את כמות ההשמעות והשידורים של אותן יצירות "ותיקות". במקרה כזה, שכרם של המבצעים הוותיקים ייצא בהפסדם.

9. **תמלוגים ליורשי הזכויות ושאלת התמריצים.** ניכר כי התמריץ המניע את הצעת החוק, לפי דברי ההסבר, הוא מניעת נישול זכויות מהאמנים הוותיקים והמבוגרים, דהיינו מתן תמלוגים על ביצועיהם. עם זאת, כיום, ככל שהביצוע ישן יותר, גדל הסיכוי שהמבצע המקורי ובעל הזכויות בביצוע כבר הלך לעולמו והזכויות יעברו ליורשיו. יוזכר שזכויות אלו נתפסות כ"זכויות שכנות" ולא זכויות בסיס להבדיל מדיני זכויות היוצרים,¹⁶ וכי הפסיקה והספרות פירשו את זכויות המבצע בהשמעה והצגת הביצוע כזכות ממונית בלבד ולא קניינית מוחלטת.¹⁷ מכאן נשאל האם היורשים זקוקים לתמריץ כזה? שהרי זכויותיו של המבצע המקורי היו בעיקר זכויות שליליות ולו שמורה הזכות למנוע שימוש מסוים בביצועו ולגביהם ניתן להניח כי המבצע המקורי כבר נתן את דעתו בשעתו.¹⁸

10. **התקופה לזכויות מבצעים.** משום שההגנות שבחוק תקפות למשך שבעים שנים מתום שנת הביצוע המקורי,¹⁹ ובהתחשב בכך שזה עתה צוין יום העצמאות השבעים למדינת ישראל, ככל שאישור הצעת החוק יתעכב, כך זכויות מבצעים החל משנת 1948 כלל לא ייכנסו בגדרי החוק המקורי ותיקונו. לכן ראוי כי הארכת תקופת ההגנה תגיע מתיקונו של סעיף החוק המקורי ולא דווקא דרך תיקונו של הסעיף שדן בדיון ביצוע שלפני תחילת החוק.²⁰

¹⁶ גרינמן, לעיל ה"ש 4.

¹⁷ גרינמן, שם, בעמ' 896-897.

¹⁸ ס' 2 לחוק.

¹⁹ ס' 10 לחוק.

²⁰ ס' 14 לחוק.

11. **התעלמות מאגד זכויות המשדרים.** הצעת החוק דנה בזכויות המבצעים בלבד וזאת למרות שבשנת 1996 הוכרו בחוק גם זכויותיהם של המשדרים הדומות בעיקרן לזכויות המבצעים בביצועיהם.²¹ הגדרת המונח "שידור" רחבה מהגדרת מיהות "משדר" המוגבל לאדם המשדר ברדיו או בטלוויזיה על הסמכה כדין.²² לפי פרשנות מילולית, התוצאה תהיה שאדם המשדר רק באינטרנט אינו נהנה מזכויות משדרים ביחס לתוכן השידור עצמו. בעידן הטכנולוגי המתקדם של היום בו שדרי תוכניות אינטרנט הופכים פופולריים ושימושיים ביותר (למשל ז'אנר ה-Podcast), מדובר בלקונה שראוי היה להסדירה על מנת להגן על שידורים.

ד. סיכום

12. לגישתנו, אין עוררין על החשיבות שבהנצחה ושימור מופעי התרבות המקומית. אמנים רבים, ותיקים ומבוגרים במקרה דנן, היו בעבר והם גם כיום מקור להשראה בלתי מבוטלת עבור דור האמנים שהגיע אחריו ואף דור האמנים הצעירים המוכרים בכל בית בישראל כיום. הם נכסי צאן ברזל של התרבות הישראלית. ראוי למדינה שלא לזנוח את אמניה ואת פרי יצירתם, שכן הם הבסיס התרבותי והערכי של היצירות המרכיבות את פס הקול המקומי.

נייר עמדה זה נכתב על-ידי חברי צוות מעקב חקיקה במכון ש. הורוביץ לקניין רוחני לזכר ד"ר אמנון גולדנברג ז"ל – לונה מועלם, ליאור פולק וניב רינגל.

המכון פועל במסגרת הפקולטה למשפטים ע"ש בוכמן, אוניברסיטת תל-אביב. כל האמור לעיל משקף ומבטא את עמדתם האישית של הכותבים בלבד.

²¹ ס' 1א4 לחוק.

²² ס' 1 לחוק.