



31 בינואר, 2018

לכבוד
ח"כ איתן כבל, יו"ר ועדת הכלכלה
כנסת ישראל, ירושלים
אמצעות ד"א: vkalkala@knesset.gov.il

הנדון: עמדת הספרייה הלאומית ביחס להתאמות הנדרשות בהצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017

נכבדי,

בהמשך לשיבת וועדת הכלכלה שהתקיימה ביום 10 בינואר, 2018 בה נדונה הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5), התשע"ח-2017 (להלן: "**הצעת החוק**"), מגישה בזאת הספרייה הלאומית את הצעתה בנדון.

1. הצעת החוק כוללת ארבעה רכיבים. **הראשון**, צו מניעה כנגד אתרי אינטרנט, ספקי שירותי גישה וספקי שירותי אחסון; **השני**, כללים לחשיפה של זהותו של מפר ברשת תקשורת אלקטרונית; **השלישי**, קביעת איסור פלילי על פעולות מפרות של שידור והעמדה לרשות; **הרביעי**, הטלת אחריות בגין "הפרה עקיפה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור".

2. על אף שהצעת החוק אינה אמורה, למיטב הבנתנו, להשפיע באופן ישיר על פעילות הספרייה הלאומית (למעט הרכיב הרביעי בהצעה אשר אליו נתייחס בהמשך), אנו סבורים כי בבוא המחוקק להכניס תיקון כה מהותי בחוק זכות יוצרים, מן ראוי להתייחס לא רק לבעיות וקשיי אכיפה עמם מתמודדים מפיקים ובעלי זכויות יוצרים, אלא גם לנזק שנגרם לציבור הרחב ולקהל היוצרים כאחד, עקב ההגנה הגורפת שמעניק החוק לכל יצירה באשר היא, ללא כל אבחנה בין מצבים בהם קיים אינטרס מסחרי לבעל זכות היוצרים, ומצבים בהם אין ערך מסחרי ליצירה וזו אינה מוצעת עוד לציבור הרחב. **ללא הכנסת מנגנוני איזון מתאימים, צפוי כי הצעת החוק תגרום לחיזוק חסמי הפצת המידע ולפגיעה באינטרס הציבורי כמפורט להלן.**

3. הגנת זכות היוצרים נועדה בראש וראשונה לאפשר לבעל זכות היוצרים לקבל תמורה בגין השימוש בקניינו הרוחני. האפשרות להחזר ההשקעה ויצירת רווח כלכלי הם המאפשרים תמריץ ליוצרים ולמפיקים להמשיך ולהשקיע ביצירה חדשה. בד בבד, ההגנה על זכות היוצרים מצמצמת את חופש המידע שכן היא פוגעת באפשרות להפצה חופשית של יצירות. הבטחת הפצה רחבה של מידע חיונית אף היא לעידוד היצירה, כלומר ליוצרים עצמם, וחשובה גם בשל שיקולים נוספים בהם עיקרון חופש ביטוי וחיזוק הדמוקרטיה. **ההגנה על זכות היוצרים מוצדקת כאשר בצידה קיים אינטרס מסחרי של בעל זכות היוצרים. בהיעדר אינטרס מסחרי, תוצאת העמידה על זכות היוצרים היא כשל שוק ופגיעה באינטרס הציבורי. אין לזלזל בעוצמתה וחשיבותה של פגיעה זו כאשר בפועל נמנעת כיום מהציבור בישראל גישה מקוונת לחלק ניכר מחומרי המורשת התרבותית הישראלית והיהודית שנוצרה במאה העשרים. הצעת החוק בנוסחה הנוכחי תגרום להחרפת כשל השוק המתואר, לפגיעה בהנגשה של חומרי מורשת ותרבות ולמניעת חומרי הגלם החיוניים ליצירה חדשה.**

4. **עמדת הספרייה הלאומית היא שיש לכלול בהצעת החוק פתרון רחב יותר שיאפשר לספריות, ארכיונים ומוזיאונים, הפועלים ללא מטרת רווח, למלא את ייעודם בהנגשה רחבה של תרבות ומורשת לטובת הציבור הרחב.** הפתרון המוצע מקנה למוסדות אלה (מוסדות הנגשה) זכות להעמיד לרשות הציבור יצירות שאינן זמינות לציבור ואזלו מן השוק, תוך יצירת אבחנה בין יצירות ללא ערך מסחרי ובין יצירות שבעלי הזכויות בהן עוסקים בניהולן, מכירתן והפצתן לציבור. הצעת הספרייה הלאומית לתיקון חוק זכות יוצרים ודברי הסבר להצעה מובאים בצרופה למכתב זה.

5. ביחס לנושא ההפרה העקיפה והרחבת האחריות שתוטל על גורמים שונים ברשת האינטרנט (סעיף 3 להצעת החוק) אנו סבורים כי נפלו פגמים מהותיים בנוסח התיקון המוצע. נקדים ונאמר, כי האתגר של התמודדות עם תופעת הפירטיות ברשת האינטרנט הוא אתגר משותף



למדינות רבות ברחבי העולם. דיונים ערים בנושא זה מתקיימים בימים אלה בקנדה, ארה"ב ומדינות נוספות. אין עוררין שמניעת התופעה היא דבר חשוב ואף הכרחי לצורך הגנה על היוצרים ובעלי זכויות היוצרים. **בכל המדינות בהן נעשה ניסיון להתמודד עם התופעה, השאלה העיקרית עמה התמודדו לא הייתה האם צריך לחסום אתרי אינטרנט מפריס אלא כיצד נכון לעשות זאת, ובעיקר מיהו הגורם שמתאים וצריך להחליט על כך.**

6. על פי הנוסח שהוצע, תוטל אחריות גם על גורם שביצע "פעולה שיש בה כדי להקל על הגישה לציבור ליצירה שהועמדה בהפרה או להרחיב את הגישה של הציבור אליה" כאשר ה"פעולה" נעשתה "על דרך עיסוק... במטרה להפיק רווח... אם בעת ביצוע הפעולה ידע או היה עליו דעת כי היצירה הועמדה בהפרה".

המבחן המוצע ניתן לפרשנות מרחיבה ומרחיקת לכת ואינו מגדיר בבירור מיהם הגורמים שעליהם עשויה לחול האחריות העקיפה, זאת בסתירה מוחלטת לאופן שבו מטופל בנושא ברוב מדינות העולם כולל האיחוד האירופי וחברות האיחוד, ארה"ב, קנדה, אוסטרליה. החריגים היחידים בנושא זה הן סין ותאילנד בהן מוטלת אחריות ישירה על גורמי ביניים ברשת האינטרנט. בכל המדינות הנ"ל קיימת תמימות דעים כי יש לנהוג בזהירות יתרה ולהימנע מהטלת אחריות על גורמי ביניים ברשת האינטרנט, מחשש ליצירת צנזורה ברשת שתופעל משיקולים זרים ותוך פגיעה באתרי אינטרנט חוקיים, ללא שימוע וללא גילוי נאות.

נפנה בהקשר זה לעבודת מחקר מקיפה שבוצעה על ידי עו"ד ירון אונגר מהלשכה המשפטית של הכנסת, תחום חקיקה ומחקר משפטי בשם: "אחריותם של מתוכי רשת לתוכן פוגעני המופץ ברשת האינטרנט" מחודש מאי 2014. זהו מחקר מקיף שסוקר את האופן שבו מטילות מדינות אחריות על השחקנים ברשת האינטרנט ואינו מוגבל רק לנושא של תוכן פוגעני אלא מתייחס גם לזכויות יוצרים. המחקר זמין בקישור: <http://main.knesset.gov.il/Activity/Info/LegalDepartmentSurveys/Survey190514.pdf>

7. המבחן המוצע אינו מבחין בין גורמי ביניים כגון ספק שירותי גישה לאינטרנט (ISP), ספק שירותי אירוח המספק שירות אחסון (זיכרון) זמני (Caching) או קבוע (Hosting service), מנהלי אתרי אינטרנט או עורכי תוכן. התוצאה עלולה להיות **מסירת שיקול הדעת שעד כה הופקד בידי בית משפט בלבד בידי גורמים מסחריים פרטיים אשר יחליטו לשבט או לחסד ביחס למשאבים ציבוריים ברשת האינטרנט, ואף הטלת אחריות על גורמי ביניים ברשת האינטרנט, לרבות ספריות וארכיונים, שחזקה על המחוקק שכלל אינו מתכוון להשית עליהם אחריות.**

8. במדינות בהן אומצו חקיקה או הסדרים מיוחדים שנועדו לתת מענה לתופעת הפירטיות אומצו מספר סייגים והגנות ביחס לגורמי הביניים והמתווכים באינטרנט. **רכיבים אלה אינם מופיעים בתיקון המוצע ומן ראוי שיכללו בו:**

(א) איסור על הטלת אחריות עקיפה בזכויות יוצרים על גורם ביניים, אם כתוצאה מכך יידרש להפעיל פיקוח, בקרה וחקירה על התכנים המופצים באמצעותו, ותחת זאת הפעלת מנגנון "הודעה והסרה" (notice and take down) שישומו על ידי גורם הביניים מקנה לו הגנה

(ב) הגדרה ברורה ביחס לגורמים עליהם תחול אחריות עקיפה, למשל, בעל אתר אינטרנט שבו מועלה תוכן פירטי על ידי גולשים, ולא להותיר נושא זה כפוטנציאל למחלוקת ופרשנות עתידית.

9. **אנו סבורים כי אישור הצעת החוק בנוסחה הנוכחי תגרום לפגיעה קשה בחופש הביטוי וחופש המידע בישראל וכי על מנת למנוע פגיעה זו יש לאמץ שני תיקונים: הראשון, הרחבה משמעותית ביכולת ההנגשה של ספריות, ארכיונים ומוזיאונים; והשני, הצרה משמעותית של המבחן להפרה עקיפה של זכות היוצרים להעמדה לרשות הציבור.**

בכבוד רב,

ד"ר רבקה שויקי, *רבקה שויקי*
מנהלת הרשאות וזכויות יוצרים,
הספרייה הלאומית

עו"ד נועם סולן
מנהל תחום זכויות יוצרים,
הספרייה הלאומית



**הצעת הספרייה הלאומית לתיקון נוסח הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5),
 התשע"ח-2017**

מוגש לוועדת הכלכלה ולעיון הציבור ביום 24 בינואר, 2018

1. אחרי סעיף 30 לחוק העיקרי יבוא:

<p>(א) בסעיף זה - "יצירה לא זמינה" יצירה שבעל זכות היוצרים בה או מורשה מטעמו אינו מפיץ אותה או מעמידה לרשות הציבור, בחינם או בתשלום, בתנאים כמקובל בשוק לגבי יצירות מסוגה. "מוסד הנגשה" – כל אחד מאלה: (1) ספרייה או ארכיון, מסוג שקבע השר לפי סעיף 30(א); (2) מוזיאון כהגדרתו בחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983.</p>	<p>30א.</p>	<p>"העמדה לרשות הציבור על ידי מוסד הנגשה"</p>
<p>(ב) מוסד הנגשה יהיה רשאי להעמיד לרשות הציבור יצירה או חלק ממנה, בתנאים הבאים: (1) במועד העמדתה לרשות הציבור היצירה היא יצירה לא זמינה; (2) חלפו לפחות 20 שנה ממועד הפרסום הראשון של היצירה; (3) העמדת היצירה לרשות הציבור אינה למטרות רווח.</p>		
<p>(ג) מוסד הנגשה שהעמיד לרשות הציבור יצירה על פי סעיף קטן (ב) יפרסם בצמוד ליצירה את הפרטים הבאים: (1) הודעה לפיה היצירה מוגשת ללא רשות בעל זכות היוצרים בהתאם לסעיף 30א לחוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007; (2) הודעה לפיה היצירה כפופה לזכויות יוצרים ואין לבצע בה כל שימוש מלבד השימושים המותרים על פי חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007; (3) פרטי קשר של המוסד לצורך קבלת הודעה מאת בעל זכות היוצרים על פי סעיף קטן (ד).</p>		
<p>(ד) בעל זכות יוצרים יהיה רשאי לפנות למוסד הנגשה שהעמיד לרשות הציבור יצירה שבעלותו על פי סעיף קטן (ב) כי יחדל מהעמדת היצירה לרשות הציבור ובלבד שבעל זכות היוצרים מסר למוסד הנגשה הודעה כי היצירה שבעלותו תופץ או תועמד לרשות הציבור, בחינם או בתשלום, בתנאים כמקובל בשוק לגבי יצירות מסוגה, על ידו או על ידי מורשה מטעמו, לא יאוחר מ- 12 חודשים מהמועד שבו נמסרה הודעתו.</p>		
<p>(ה) מוסד הנגשה שקיבל הודעת בעל זכות היוצרים בהתאם לסעיף קטן (ד), יחדל מהעמדת היצירה לרשות הציבור בתנאי שבעל זכות היוצרים המציא למוסד הנגשה ראיות לפיהן זכות היוצרים ביצירה נמצאת בבעלותו.</p>		
<p>(ו) אם בתום 12 חודשים ממועד הודעת בעל זכות היוצרים על פי סעיף קטן (ד) לא הופצה היצירה או הועמדה לרשות הציבור על ידי בעל זכות היוצרים או על ידי מורשה מטעמו, יהיה מוסד הנגשה רשאי לחזור ולהעמיד לרשות הציבור את היצירה על פי התנאים בסעיף קטן (ב).</p>		
<p>(ז) מוסד הנגשה שהעמיד לרשות הציבור יצירה על פי סעיף קטן (ב) יפרסם באופן פומבי באתר האינטרנט שלו את רשימת היצירות שהונגשו על פי סעיף זה.</p>		
<p>(ח) מוסד הנגשה אשר רשאי להעמיד לרשות הציבור יצירה על פי סעיף קטן (ב) יהיה רשאי לספק העתק של יצירה או חלק ממנה, לכל דורש, בתנאי שהיצירה היא "יצירה לא זמינה" במועד הבקשה. מוסד הנגשה ימסור למקבל העותק הודעה בכתב שהיצירה</p>		



כפופה לזכויות יוצרים ואין לבצע בה כל שימוש מלבד השימושים המותרים על פי החוק.		
--	--	--

2. אחרי סעיף 56 לחוק העיקרי יבוא:

<p>(א) בסעיף זה - "מוסד הנגשה" – כל אחד מאלה: (1) ספרייה או ארכיון, מסוג שקבע השר לפי סעיף 30(א); (2) מוזיאון כהגדרתו בחוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983.</p>	56א.	"הפרת זכות יוצרים על ידי מוסד הנגשה"
<p>(ב) סעיף 56 לחוק לא יחול על הפרת זכות יוצרים או זכות מוסרית על ידי מוסד הנגשה.</p>		
<p>(ג) מוסד הנגשה אשר הפר זכות יוצרים או זכות מוסרית בתום לב לא יחויב בתשלום פיצויים עקב הפרה בגין נזקים שנגרמו לתובע בתקופה שקדמה למועד ההודעה. "מועד ההודעה" בסעיף זה הוא המועד הראשון בו הודיע בעל זכות היוצרים למפר על הפרת זכות היוצרים או הזכות המוסרית.</p>		

דברי הסבר

ספריות, ארכיונים ומוזיאונים במדינת ישראל פועלים למטרות שימור והנגשה חופשית של חומרי תרבות ומורשת לטובת הציבור בישראל ובעולם כולו. גופים אלה, שימרו ואספו משך שנות דור, מאות ואלפי יצירות בהן ספרים, ארכיונים, פרסומים ממשלתיים, עיתונים, ציורים, מוסיקה, מכתבים, כתבי יד, מחזות, מופעים, תצלומים וסוגים נוספים של יצירות. יצירות אלה מרכיבות פסיפס היסטורי ותרבותי שערכו לא יסולא בפז.

יצירות רבות באוספיהם של ספריות, ארכיונים ומוזיאונים הן יצירות שכפופות לזכויות יוצרים ולכן נמנעת העמדתן לרשות הציבור על ידי המוסדות הנ"ל. כאשר מדובר ביצירות שאינן מופצות עוד על ידי בעלי הזכויות, בין אם משום שבעלי הזכויות אינם קיימים עוד, ובין אם בעלי הזכויות אינם מעוניינים בהפצה של היצירה שכן זו איננה בעלת ערך מסחרי, התוצאה היא כי שנשללת לחלוטין הגישה ליצירה באינטרנט והיא אינה זמינה לציבור. מניעת הנגשה של יצירות שאין בה כדי לפגוע באינטרסים של בעלי זכויות היוצרים גורמת לפגיעה בהנגשה של חומרי מורשת ותרבות ולמניעת חומרי הגלם החיוניים ליצירה חדשה. מדובר בכשל שוק המתואר מצוין בספרות המקצועית במונחים "יצירות לא סחירות" (out of commerce works) ו-"יצירות יתומות" (orphan works). מונחים אלה מתייחסים ליצירות ללא ביקוש מסחרי שאינן נמכרות עוד על ידי בעלי הזכויות, וכן ליצירות שבעלי הזכויות בהן אינם ניתנים לאיתור משום שפרטיהם אבדו או שלא ניתן לאתרם בחיפוש ראוי (diligent search). אחת הסיבות המרכזיות לכשל שוק זה נעוצה בתחולה הגורפת של חוק זכות יוצרים. חוק זה חל באופן גורף על כל סוגי היצירות ואינו מבחין בין יצירות בעלות ערך לבעל הזכויות ויצירות אחרות שאינן זמינות לציבור.

על פי התיקון המוצע, תוקנה לספריות, ארכיונים ומוזיאונים (מוסדות הנגשה הפועלים ללא מטרת רווח), זכות להעמיד לרשות הציבור יצירות שכפופות לזכויות יוצרים שאזלו מן השוק ואינן מנוצלות בצורה מסחרית על ידי בעל הזכויות. במצב זה קיימת הצדקה למתן הגנה וודאות משפטית למוסדות הנגשה הפועלים ללא מטרת רווח, על מנת שיוכלו למלא ביתר יעילות את מטרותיהן לטובת הציבור הרחב. בנוסף, תוענק למוסדות הנגשה אלה חסינות מפני תביעה ללא הוכחת נזק (פיצוי סטטוטורי) והגבלת תקרת הפיצוי לתקופה שלאחר מתן הודעה על ידי בעל זכות היוצרים, כל עוד הפרת זכות היוצרים על ידי מוסד הנגשה נעשתה בתום לב.

הנגשה של קורפוס היצירה והתרבות הישראלית תביא תועלת אדירה לחברה, הן בהיבטי שימור והנחלה של המורשת התרבותית, הן בעידוד יצירה חדשה, עידוד מחקר ולימוד, והעשרה של המרחב הדיגיטלי התרבותי הישראלי והיהודי. זאת ועוד, הנגשה של היצירות והשבתן לרשות הרבים תתרום גם לבעלי הזכויות עצמם, זאת במקרים רבים בהם יורשי יוצרים מעוניינים בהנגשה של יצירות משפחתם מתוך שיקולי הוקרה והנצחה, ומקרים אחרים בהם היורשים כלל אינם יודעים על כך שהמוריש יצר את היצירה או שעדיין שרד עותק מיצירתו. הימנעות מהנגשת היצירות בשל התחולה הגורפת של חוק זכות יוצרים תורמת להשכחתן הן מהציבור והן מבעלי זכויות.



סעיף 1 -

על פי התיקון המוצע, תוקנה לספריות, ארכיונים ומוזיאונים, זכות להעמיד לרשות הציבור יצירות שאזלו מן השוק ואינן מנוצלות בצורה מסחרית על ידי בעל הזכויות. מטרת הסעיף היא לאפשר גישה דיגיטלית לעשרות אלפי יצירות עבר אשר אינן נמכרות או מופצות על ידי בעל זכות היוצרים או מי מטעמו וזאת בשל היעדר ביקוש מסחרי ליצירה, היעדר עניין של בעל הזכויות ביצירה או מקרים בהם אבדו עקבותיהם של בעלי הזכויות. יצירות אלה מכונות "יצירה לא זמינה".

סעיף קטן (א) הסמכות העמדה לרשות הציבור של "יצירה לא זמינה" תוקנה ל"מוסד הנגשה" שיכלול מוזיאונים על פי חוק המוזיאונים, התשמ"ג-1983, ספריות וארכיונים מסוג שקבע השר לפי סעיף 30(א). ראה תקנות זכות יוצרים (ספריות וארכיונים), תשס"ט-2008 בקישור: https://www.nevo.co.il/law_html/Law01/500_061.htm

סעיף קטן (ב) לצד הרחבת אפשרויות ההנגשה הדיגיטלית שיאפשר התיקון למוסדות הנגשה, ניתנת התייחסות והגנה לאינטרסים של היוצרים ובעלי זכויות היוצרים. העמדת היצירה לרשות הציבור בתקופה בה כפופה היצירה לזכויות יוצרים לא תחול ב- 20 השנים הראשונות ממועד הפרסום הראשון של היצירה. הסעיף יחול רק על יצירות שפורסמו בעבר על ידי בעל זכויות היוצרים ובכפוף לכך שהעמדת היצירה לרשות הציבור על ידי מוסד ההנגשה נעשית שלא למטרות רווח.

סעיפים קטנים (ד)-(ו) לבעל זכות היוצרים מוקנית הזכות להורות למוסד ההנגשה שהעמיד את היצירה שבבעלותו לרשות הציבור כי יחדל מלעשות כן, ובלבד שבעל זכות היוצרים מתכוון להפיץ בעצמו את היצירה, בתמורת תשלום או בחינם, בתוך 12 חודשים ממועד ההודעה. מוסד הנגשה יהיה רשאי לחזור ולהעמיד את היצירה לרשות הציבור אם זו לא הפכה ליצירה זמינה בתום 12 החודשים ממועד הסרתה.

סעיף קטן (ח) מכיוון שגם לאחר הרחבת סמכות ההנגשה, בפועל הגישה ליצירה לא זמינה מותנית בדיגיטציה והעלאתה לאינטרנט על ידי מוסד ההנגשה, וזהו תהליך שמצריך משאבים ולעיתים נמשך על פי זמן, תתאפשר העתקה של היצירה ומסירתה לכל דורש ובלבד שהיצירה היא יצירה לא זמינה במועד הבקשה.

סעיף 2 -

סעיף קטן (ב) מתן הגנה למוסד הנגשה מפני תביעת סרק של בעל זכות יוצרים המתבסס על האפשרות לפיצוי בלא הוכחת נזק על פי החוק הקיים. מוצע כי האפשרות למתן פיצוי ללא הוכחת נזק לא תחול על מוסד הנגשה שהפר זכות יוצרים, וזאת בדומה למקובל בארה"ב.

סעיף קטן (ג) עוד מוצע כי פסיקת פיצויים לתובע בגין הפרת זכות יוצרים או זכות מוסרית שבוצעה על ידי מוסד הנגשה, תוגבל לנזקים שנגרמו לתובע רק לאחר המועד שבו הודיע למוסד ההנגשה על הפרת זכויותיו, ובלבד שההפרה על ידי מוסד ההנגשה בוצעה בתום לב.