

06 מרץ 2012

לכבוד
משרד המשפטים
עו"ד אבי ליכט, המשנה ליועץ המשפטי לממשלה (כלכלי-פיסקאלי)
ירושלים

עו"ד ליכט שלום רב,

הנדון: תזכיר הצעת חוק זכות יוצרים (זכות יוצרים בתקן), התשע"ב-2012

קראנו בעיון את התזכיר הנ"ל, ואנו ממליצים באופן חד-משמעי לגנוז אותו. לתיקון המוצע אין כל הצדקה והוא עומד בניגוד לעקרונות בסיסיים של דיני זכויות יוצרים ושל מנהל דמוקרטי תקין.

אנו חוקרים בתחום דיני זכויות יוצרים, אין לנו נגיעה לתיק המשפטי שנזכר בהמשך, איננו מייצגים אף גורם בעל עניין בנושא. הערותינו לתזכיר המוצע הן לשם טובת הציבור בלבד.

א. רקע

1. **המסגרת המשפטית.** דין זכות יוצרים הקיים בישראל, שהתקבל אך לפני שנים בודדות, הוא חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2008. החוק התקבל לאחר עבודה מאומצת של משרד המשפטים, דיונים רבים מאוד של ועדת הכלכלה של הכנסת ובתום תהליך יסודי וממושך. התזכיר הנוכחי מבקש לשנות את אחד העקרונות החשובים שנקבעו בחוק זה.

2. **פרסומים רשמיים.** סעיף 6 לחוק קובע כי "על אף הוראות סעיף 4, לא תהא זכות יוצרים בחוקים, בתקנות, בדברי הכנסת ובהחלטות שיפוטיות של בית משפט או של כל רשות שלטונית המפעילה סמכות שפיטה על פי דין".

3. **ההיסטוריה החקיקתית של הסעיף.** בדברי ההסבר להצעת חוק זכות יוצרים צוין בשעתו בקשר לסעיף זה כי "מוצע לקבוע במפורש כי לא תהיה זכות יוצרים בחוקים, בפסקי דין, ובמסמכים רשמיים דומים, זאת מתוך הכרה בכך שמסמכים אלה נועדו להפצה בלתי מוגבלת לציבור, ולרשויות אין צורך בתמריץ כלכלי המתבטא בקיום זכות יוצרים ביצירתם. ממילא, גם האינטרסים האישיים המוגנים באמצעות הזכות המוסרית אינם מתאימים לחול על סוג זה של פרסומים" (הצעת חוק זכות יוצרים, התשס"ה-2005, ה"ח 196 בעמ' 1121).

4. דיוני הכנסת בסעיף 6:

א. בדיון בוועדת הכלכלה של הכנסת ביום 28.11.2006, הסביר עו"ד תמיר אפורי, נציג משרד המשפטים דאז, כי "הרציונל של הסעיף הזה, שמסמכים רשמיים המהווים חלק מן הדין יהיו נגישים לציבור באופן מוחלט וללא כל סייג, אפילו לא הסייג העשוי לנבוע מזכויות יוצרים. בחוק הנוכחי [החוק משנת 1911 – מ.ב.] יש זכות יוצרים לחוקים ותקנות, זכות הנמצאת בידי המדינה. המדינה מכוח הנחיות פנימיות נוהגת לנהל את זכויות היוצרים האלה בדרך שלא מבקשת תמורה ונותנת רשות בחינם לכל מבקש, אבל מתנה את זה בכל מיני תנאים המבטיחים שימוש הולם ביצירות הללו בכל מיני היבטים: שזה לא יתיימר להיות פרסום רשמי, שלא יהיו הטעות, שהדברים יפורסמו כפי שהם וכן הלאה."

ב. באותו דיון הובהר כי גם במדינות בהן פרסומים רשמיים מוגנים בחוק, דוגמת בריטניה, הרי שהמדינה אינה מסרבת להרשות שימוש בפרסומים הרשמיים, "אלא להיפך, המדינה נותנת באופן גורף רשות להשתמש במסמכים מסוגים מסוימים, כאשר היא מבטיחה בתוך תנאי ההרשאה אינטרסים, לאו דווקא כלכליים, אינטרסים של אמינות וכן הלאה." (דברי עו"ד אפורי, שם).¹ ואכן, המגמה באירופה היא של פתיחת מסמכים ציבוריים והנגשתם לציבור הרחב.²

ג. לשכת עורכי הדין תמכה באי-ההגנה על פרסומים רשמיים, וכך גם מומחים לזכויות יוצרים שהופיעו בפני הוועדה. כך למשל, עו"ד טוני גרינמן, ציין שם כי "התכלית של זכות יוצרים לא קיימת ביחס למסמכים הללו, שצריכים להיות חופשיים ונגישים לציבור. זכות יוצרים קיימת כדי לעודד את היצירה. כאן מדובר על מסמכים שנוצרים על-ידי המדינה או רשויותיה מכוח תפקידן. לא בכדי בחקיקה האמריקאית המסמכים הללו חופשיים, כי זה משרת את חופש המידע ואת חופש הביטוי."

ד. הסעיף אושר בוועדה ובמליאת הכנסת ללא מתנגדים.

5. **עמדת המדינה.** בבית המשפט העליון, כמתואר בפסק הדין בבר"מ 3556/09 מכוון התקנים הישראלי נ' אלון (23.3.11), צוין כי הודעת היועץ המשפטי לממשלה באותו הליך הייתה כי יש "בכוונתנו ליזום הליכי חקיקה (לשיטתנו לשם הבהרת החקיקה)... [ההדגשה שלנו]. ברוח זו, מציינים דברי ההסבר של התזכיר כי על רקע הוראת סעיף 6 לחוק זכות יוצרים "נוצר חוסר בהירות בשאלה אם תקנים שפרסומים רשמיים, כגון "רשומות", מפנים אליהם, נכללים ביצירות המנויות בסעיף 6 לחוק זכות יוצרים, ולפיכך אינם נהנים עוד מהגנת דיני זכויות היוצרים."].

6. **מטרת ההצעה.** דברי ההסבר מציינים את מטרתם: "ככל שתימנע האפשרות לגבות את התמורה עבור בעלי זכויות היוצרים בתקינה, תיגרם פגיעה למודל הכלכלי של ארגוני התקינה הבין-לאומיים ולתקציבם." דברי ההסבר מהלכים אימים, ומוסיפים עוד כי "עולה חשש ממשי כי ייקבע, שמכון התקנים מפר את התחייבויותיו לארגוני התקינה הבין-לאומיים ויניקטו כנגדו סנקציות של ביטול חברות או הגבלתה, שימנעו ממנו את זכותו להעתיק את התקנים שעיבדו ארגוני תקינה אלה."

7. **ההצעה.** לפי התזכיר, מסעיף 6 לחוק האמור יוחרגו תקנים שאליהם מפנה הדין הישראלי (ואין מדובר בהפניה על דרך הסתם, אלא בהפניה כמקור משפטי מחייב), כך שבכל זאת תהיה בתקנים זכות יוצרים.

¹ פסק הדין האמריקני שנזכר בתזכיר עוסק בסוגיה אחרת. דובר שם בגורם מסחרי אחד שהעתיק מחירון לרכב משומש שהכין גורם מסחרי אחר. השאלה המשפטית שנדונה שם הייתה האם מאגרי מידע מוגנים בדין האמריקני ופרשנות דרישת המקוריות בנסיבות אותו מקרה. במספר חוקים במדינות ארה"ב הייתה הפנייה למחירון כחלופה לצורך הערכת שווי כלי רכב. בנסיבות אלה, מצא בית המשפט כי ההפניה למחירון הפרטי לצורך הערכת שווי אינה מפקיעה את זכות היוצרים במחירון. "תקן רשמי" הוא בעל משקל שונה, בהיותו נורמה משפטית מחייבת ובעלת משמעות פלילית במקרים מסוימים, ולא רק חלופה בהקשר מסחרי גרידא. CCC Info. Services v. MacLean Hunter Market Reports, 44 F.3d 61 (2d Cir. 1994).

² ראו למשל Directive 2003/98/EC of the European Parliament and of the Council of 17 November 2003 on the re-use of public sector information.

8. עמדתנו היא כי התזכיר אינו ראוי. בניגוד לאמור בתזכיר, התיקון המוצע אינו בגדר הבהרת הדין, אלא שינוי, ובצורה מהותית, תוך התעלמות מהתכלית של דיני זכויות יוצרים וחתירה תחת עקרונות יסוד דמוקרטיים בדבר פומביות החקיקה, ממשל זמין ונגיש. נראה כי מטרתו של תיקון החוק המוצע היא לשרת אינטרס צר, על חשבון עקרונות יסוד. דברי ההסבר לתזכיר משרטטים תרחיש אימים בנוגע לתוצאות הקשות שעלולות להיגרם מאי מתן הגנה בזכות יוצרים לתקנים, ואולם חשש זה אינו מבוסס, ומכל מקום הנזק שייגרם לציבור מתיקון החוק המוצע עולה על התועלת שבו, ככל שזו כלל קיימת. תיקון החוק המוצע נוגד את תקנת הציבור וטובתו. על כן, ראוי לגנוז את התזכיר. נפרט.

ב. התזכיר איננו הבהרה של הדין הקיים, אלא שינוי מהותי שלו

9. בניגוד לאמור בתזכיר, ההצעה אינה הבהרת הדין הקיים, אלא שינוי באופן מהותי. חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2008 קבע עקרון חשוב, והוא שזכות יוצרים לא תפגע בעיקרון הדמוקרטי היסודי של פומביות החקיקה ונגישותה לציבור הרחב. ההצעה הנוכחית מבקשת להסיג לאחור את המצב המשפטי, ולקבוע כי תקנות בנות-פועל תחיקתי יהיו מוגנות בזכויות יוצרים.

10. משמעות ההצעה היא שבעלי זכויות היוצרים בתקנים (בהנחה שהם עומדים בתנאים הקבועים בחוק זכות יוצרים, בדבר דרישת המקוריות, הגנת יצירות זרות ודרישת הקיבוע) יוכלו לקבוע כאוות נפשם את התנאים לשימוש בנורמות משפטיות מחייבות.

11. יובהר: תקן רשמי הוא תקנה בת-פועל תחיקתי. משמעות הדבר הוא שמדובר בנורמה משפטית שמטילה חובות – ובכלל זה חבות פלילית – על הכפופים לה, לפי תוכן הנורמה. אין מדובר בהמלצה או הסברים כלליים כלשהם, אלא נורמות שלטוניות מחייבות.

12. במילים אחרות, התזכיר מבקש להפקיע חיקוקים בעלי מעמד משפטי מחייב מנחלת הכלל, ולהפקידם בבעלות גורמים שונים (מכון התקנים) וגורמים פרטיים (ארגוני תקינה בחו"ל), שלפי זכות הקניין שלהם, ובכפוף לחוק, יכולים לנהוג בדרך של "שרירות בעלים".

ג. מטרת התזכיר

13. נראה כי מטרתו האמתית של התזכיר איננה "להבהיר" את הדין כי אם אחרת: להפוך את הדין הקיים. בת"מ (מנהלי – ת"א) 000113/08, בש"א 31042/08 איתן נ' מכון התקנים הישראלי (1.4.09) פסקה כב' השופטת רות רונן (פסקה 21) כי -

"בהיותו של תקן רשמי 'תקנה בת פועל תחיקתי', לא זכאי המכון לגבות תשלום עבור קבלת עותק ממנו, מעבר למחיר ההעתקה או הצילום של התקן."

ובהמשך (בפסקה 28):

"אין זה סביר לאכוף על אדם התנהגות המחויבת על פי הוראות הדין הפלילי, ללא מתן אפשרות נוחה וזמינה לדעת ולהעתיק את ההוראות שהוא חייב לפעול לפיהן. אין זה סביר לכן לדרוש תשלום ממי שמבקש לייצר מוצר שיש לגביו תקן רשמי."

על כן, נראה כי התזכיר נועד להפוך החלטה זו.

14. יצוין כי באותו עניין דחתה כב' השופטת רונן גם את הטענות של מכון התקנים בדבר התחייבותיו לארגוני תקינה בין-לאומיים. בית המשפט סיכם (פסקה 51) וקבע כי –

"מאחר שתקן רשמי הוא תקנה בת פועל תחקיתי, מאחר שקיימת חובה לפרסם תקנה כזו, מאחר שאין חולק כי לציבור יש זכות להיוודע את תוכנו של התקן על ידי עיון בו בספריית המכון, אין מקום למנוע צילום של התקן או גישה אליו במחשב דרך האינטרנט, בלי שצילום כזה ישנה את מערך הזכויות והחובות ביחס לתקן."

15. אין לנו אלא להסיק, שמטרת התזכיר היא לפתור בעיה כספית, ולגלגל את העלויות אל אזרחי המדינה. אין זה פתרון ראוי. שינוי דיני זכויות יוצרים אינו הכלי המתאים לפתרון בעיות כספיות. הפתרונות לכך הם אחרים.

ד. השינוי המוצע איננו מתיישב עם תכליתם של דיני זכויות יוצרים

16. מטרת דיני זכויות יוצרים היא לעודד יצירה מקורית, לשם טיפוח התרבות, החינוך, הידע האנושי, השיח הציבורי והנאת הפרט. ההנחה ביסוד דיני זכויות יוצרים היא כי בהיעדר הגנה משפטית מסוימת ליצירות, ייווצר כשל שוק, שיפגע בתמריץ של היוצר ליצור. כך למשל, ללא הגנה משפטית ליצירה מוסיקלית או לספר, יש חשש כבד שהשיר או הספר יועתקו, ולמחבר שלא יוכל ליהנות מפרי עמלו לא יהיו די תמריצים להמשיך להשקיע ביצירות חדשות. גישה זו להגנת זכות יוצרים מעוגנת היטב בחקיקה הישראלית ובפסיקת בית המשפט העליון.

17. המדינה אינה זקוקה לתמריץ משפטי מהסוג הזה כדי לחוקק, להתקין תקנות ולקבוע תקנים. התמריץ לחקיקה בסוגיה השונים הוא להסדיר את שטעון הסדרה, לטובת האזרחים והמדינה.

18. גם ארגוני תקינה פרטיים אינם זקוקים לתמריצים בדמות זכויות יוצרים על מנת ליצור תקנים. תקנים משרתים בדרך כלל את ענף המסחר או התעשייה אליו הם נוגעים ומפותחים כדי לשמש מטרה פונקציונלית הנותנת מענה לצרכי התעשייה. יצירת התקנים עשויה לשרת גורם מסחרי שיש לו יתרון בייצורו, או שהטכנולוגיה שאומצה כסטנדרט מצויה בבעלותו ולכן יוכל להפיק ממנה רווח, ומכל מקום מודלים עסקיים אחרים בוודאי קיימים גם הם.

ה. התזכיר חותר תחת עקרונות יסוד של פומביות חקיקה, גישה למשפט

19. נסחי התזכיר סבורים (כך מוסבר בדברי ההסבר, בקשר לעמדת המדינה בהליך המשפטי שנזכר לעיל), כי קיימת חובה לאפשר זכות עיון בתקנים, במקום פיזי (משרדים מסוימים), אך לא בדרך של מסירת עותק ללא תשלום. המדינה מציינת, כמדווח בדברי ההסבר, כי תהליך הכנת התקנים מצריך משאבים רבים, וכי ארגוני תקינה זרים דורשים הגנה משפטית כאמור. אולם מסקנתם מכך היא כי "כל אלה מחייבים הסדר מיוחד, שתוצאתו באיזון ראוי ובשקלול הולם של מכלול השיקולים." כאמור, **דברים אלה מעוררים תמיהה רבה**: דברי ההסבר אינם מפרטים את "האידך גיסא" של האינטרסים של גורמי התקינה. אין בתזכיר כל דיון או הסבר כיצד מקוימת חובת המדינה להנגיש ולפרסם חקיקה מחייבת. זכות העיון פורשה בפסיקת בית המשפט העליון ככוללת את הזכות להעתיק את המסמכים המדוברים (וזאת לכל היותר עבור "אגרה הולמת" המשקפת את עלות ההעתקה) (למשל בג"ץ 2303/90 פיליפוביץ נ' רשם החברות, פ"ד

מו(1) 410 (1992)). בלי אפשרות מהותית להעתיק מסמכים, זכות העיון מרוקנת מתוכנה. למעלה מכך, משעה שהתקן יזכה להגנת זכות יוצרים, כיצד ניתן להבטיח כי הציבור הרחב הכפוף להוראותיו יזכה לעיין בו במחיר השווה לכל נפש? כיצד ניתן להבטיח כי תינתן גישה לתקן על בסיס שוויוני, ללא הפליה ותוך שמירה על חופש העיסוק והתחרות החופשית?

20. השימוש בדיני זכויות יוצרים לשם הגנה על תקנים יגרום לעיוותים משפטיים נוספים. לדוגמה, אין זה מתקבל על הדעת כי גורם שרכש עותק של תקן יידרש לקבל את רשותו של מכון התקנים לשם יצירת העתק נוסף ממנו. אין זה ראוי לאפשר למכון התקנים לתבוע בגין הפרת זכויות יוצרים גורמים מהציבור אשר ישכפלו עותק של תקן מחייב, בלי שיקבלו רשות מאת מכון התקנים. זכות יוצרים איננה הכלי המתאים להגנה על האינטרסים של גורמי התקינה, ככל שאלו ראויים כלל להגנה.

21. אזרחי המדינה ותאגידים המחויבים לפעול לפי הוראות התקנים בהם מדובר, נדרשים ליישם תקנים שהנגישות אליהם מוגבלת. החזקה המשפטית הידועה, "שאי ידעת הדין אינה פוטרת", מרוקנת מתוכנה. פקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח-1948, דבר החקיקה הראשון שהתקבל במדינת ישראל, קובעת בסעיף 11 כי "חוק נסתר אין לו ומעולם לא היה לו כל תוקף". הדברים נחקקו על רקע המציאות השלטונית בימי המנדט, והם משקפים עיקרון דמוקרטי ראשון במעלה: חקיקה, שהיא כלי ראשו במעלה להסדיר התנהגות של אזרחים במדינה, צריכה להיות גלויה וידועה. עקרון דומה נקבע בסעיף 17 לפקודת הפרשנות, שלפיו "תקנות בנות פועל תחיקתי יפורסמו ברשומות, ותחילת תוקפן ביום פרסומן, אם אין הוראה אחרת בעניין זה". במילים אחרות, על המדינה מוטלת חובת פרסום של תקנות בנות-פועל חקיקתי. כך פסקו בתי המשפט בעקביות.

22. משמעות התזכיר היא שאי אפשר יהיה להשתמש בתקנים, אלא על ידי רכישתם בתשלום (או אולי לפי חריגים הקבועים בחוק זכות יוצרים): הנגישות לתקנות תוגבל בפועל, ותהיה כפופה לשרירות הבעלים של גורמים בעלי עניין. בכך, תוגבל יכולתם של אזרחים או תאגידים ישראלים לפעול על פי החוק, כנדרש וכמצופה מהם.

ו. התזכיר מבקש להקפיא את הגישה לחקיקה לימי הניר והעיפרון

23. התזכיר מדגיש כי תתאפשר גישה לתקנים – אך לא צילומם – במשרדים וספריות שונים. בכך, רואים כנראה המציעים משום מרפא לבעיות שההצעה גורמת. אלא שבעידן דיגיטלי, כאשר ממשלת ישראל מבקשת לקדם חזון של ממשל נגיש, אין די בגישה פיזית בלבד לדברי חקיקה. הגבלת הגישה לדברי חקיקה, לגישה פיזית בלבד, חותרת תחת עקרונות של קידמה טכנולוגית. רשת האינטרנט יכולה ומשמשת בפועל לקידום הנגישות לחקיקה (ופרסומים רשמיים אחרים).³ והנה, התזכיר הנוכחי מבקש להחזיר אותנו לימי הניר והעיפרון, פשוטו כמשמעו. להזכירנו: אין מדובר ביצירות מופת, אלא בנורמות משפטיות מחייבת.

³ במחקר שפורסם לאחרונה הוצג ניתוח החקיקה הישראלית. ב-118 דברי חקיקה שונים מתוך 280 שבהם נזכרת רשת האינטרנט, משמשת החקיקה כ"רשומות", ובעוד 51 מקרים, הרשת משמשת כלי להגברת השקיפות השלטונית. ראו ניבה אלקין-קורן ומיכאל בירנהק "אינטרנט בחקיקה בישראל: ספירת מלאי", בתוך *רשת משפטית: משפט וטכנולוגיות מידע* 29, 33 (אלקין-קורן ובירנהק עורכים, 2011).

ז. סיכום

24. נראה שהתזכיר נועד לשרת אינטרס כלכלי צר של גורם בעל עניין, תוך שינוי החוק (ולא הבהרתו), תוך חתירה תחת עקרונות יסוד של הליכי הדמוקרטיה בדבר פומביות החקיקה וחובת המדינה לפרסם חקיקה כזו, ותוך הפרת התכלית של דיני זכויות יוצרים. אנו סבורים כי ההצעה אינה ראויה לחקיקה.

בברכה,

פרופ' ניבה אלקין-קורן
דקאן, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה, ומנהלת המרכז למשפט וטכנולוגיה

פרופ' מיכאל בירנהק
הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב

ד"ר אורית פישמן אפורי
בית הספר למשפטים, המסלול האקדמי המכללה למנהל

העתק:
עו"ד הווארד פולינר, משרד המשפטים