

מדינת ישראל

משרד המשפטים

ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי)
ירושלים: י"א חשוון, התשס"ד
29 באוקטובר, 2023

שימוש בתכנים מוגנים בזכויות יוצרים לצורך הסברה במלחמת חרבות ברזל

רקע

ההתגייסות יוצאת הדופן של ישראלים מאז החלה מלחמת 'חרבות ברזל' לא פסחה גם על זירת השיח ברשת. ישראלים מתנדבים מנהלים פעילות "הסברה" ענפה ומשתתפים בשיח ברשת בכל רחבי העולם. כדי לסייע במלאכה חשובה זו, נבקש, במסמך זה, לפזר את הערפל המשפטי סביב הזכות להשתמש בתכנים של אחרים לצרכי הסברה. נקדים ונאמר כי עד היום לא ידוע לנו ולו על סכסוך משפטי אחד באשר לזכויות יוצרים בהקשר של הסברה והסיכון המשפטי הוא מצומצם ממילא. יחד עם זאת, לאור היקפי הפעילות ההסברתית, אנו מבקשים להמנע מאפקט מצנן על פעילות רצויה זו כתוצאה מאי בהירות משפטית.

הצורך בשימוש בתכנים שיצרו אחרים הוא ברור. חלק ממעשי הזוועה במתקפה תועדו בזמן אמת על ידי מרחחי החמאס והועלו לרשתות החברתיות השונות. תיעוד הזוועות נעשה גם על ידי גורמי ביטחון שונים, שירותי הצלה וגורמים נוספים, לרבות צבא ההגנה לישראל והמכון לרפואה משפטית. גם מאז החלה המלחמה, תכנים רלוונטיים רבים נוצרו על ידי מגוון גופים, לרבות הגופים האמורים לעיל, גופי תקשורת, אנשים פרטיים וגורמים מדינתיים בישראל ומחוצה לה.

מטבע הדברים, היכולת לפזר את הערפל המשפטי באופן מלא היא מוגבלת בגלל המבנה של דיני זכות היוצרים (בכל העולם). עסקינן בדיני המשפט האזרחי, וככל שיוצר תוכן יסבור שזכות היוצרים שלו נפגעה, הוא יוכל לפנות לבית המשפט ולא ניתן לצפות באופן מלא את תוצאות ההליך. זאת ועוד, בשל ההיבט הבינלאומי של פעילות ההסברה, קשה להעריך אם כל המקרים יבחנו בבתי משפט ישראלים או לפי הדין הישראלי. יחד עם זאת, מצאנו לנכון לנסח כללים מנחים על מנת לצמצם סיכונים משפטיים ולהציע את הפרשנות של הייעוץ המשפטי לממשלה לסיטואציה הקונקרטית.

לנוכח חשיבות ההסברה, אופי הלחימה והצורך להגיב מיידית, אנו סבורים כי השגת רשיונות בזכויות יוצרים לא תמיד תהא רלוונטית או רצויה. לאור זאת, יש להקל על הציבור באשר לשימוש בתכנים מוגנים לצורך הסברה בעת הזו.

בחנו את האפשרות ליצור פטור סטטוטורי עבור פעולות הסברה באמצעות השעיית דיני זכויות היוצרים או מקצת הסעדים שבהם לתקופת המלחמה או באמצעות קביעה בחקיקה (או בתקנות) פטור כללי מזכויות יוצרים בהקשר של פעילות הסברה. לאחר שקלא וטריא, הכרענו נגד אפשרויות אלה משני טעמים מרכזיים. ראשית, קביעת פטור עבור הסברה יביא ליצירת תבחינים משפטיים בינאריים לשאלה מהי הסברה - שיקבעו בבתי המשפט. בעינינו, אין מדובר במינוח משפטי, וודאי שלא במינוח בינארי, ועלול לצאת שכרנו בהפסדנו. שנית, ישנם מצבים בהם גם לצרכי הסברה, שימוש בתכנים מוגנים לא צריך להיות חופשי, כפי שנמחיש להלן, ונסיון לייצר כללים אקס אנטה בחקיקה אינו מתאים לדיני זכויות יוצרים.

האלטרנטיבה העדיפה בעינינו היא להותיר על כנו את הדין הקיים על יתרונותיו וחולשותיו, על אף הסיכון המשפטי הגלום בו. נזכיר שוב כי עד כה לא ידוע לנו ולו על סכסוך משפטי אחד באשר לזכויות יוצרים בהקשר של הסברה. לכן, אנו מעריכים את הסיכון כמינורי ומקוויים שמסמך זה יצמצמו עוד יותר. לשם כך, אנחנו מציעים במסמך זה כללי אצבע ברורים ככל הניתן בשאלה מתי שימוש בתכנים יהיה מוגן תחת הדין הקיים.

כיוון שמסמך זה פונה לציבור הרחב, נפתח בתאור בסיסי של הדין החל על הסוגיה ונסיים בפירוט של קווים מנחים לשימוש בתכנים מוגנים לצורך הסברה בעת הזו.

מדינת ישראל

משרד המשפטים

המסגרת המשפטית

חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007 (להלן: "החוק" או "חוק זכות יוצרים") קובע ברירת מחדל לפיה יצירה מקורית תהא מוגנת מיום יצירתה למשך חיי היוצר ו-70 שנים לאחר מותו.¹ משמעות הדברים היא כי ככלל, שימוש ביצירות מוגנות מחייב הסכמה מראש של בעל הזכות ביצירה. בנוסף יוצר היצירה זכאי ל"זכות מוסרית" בעלת שני ראשים: זכות לקבלת קרדיט בנסיבות ובהיקף "הראויים בנסיבות העניין" וזכות שיצירתו לא תסולף באופן שפוגע בכבודו אלא אם "הפעולה היתה סבירה בנסיבות העניין".²

באופן מעשי, המונח "יצירה" לפי החוק כולל כל (או כמעט כל) תוכן שעשוי להיות רלוונטי לצרכי הסברה. כך, בין היתר, כולל המונח פוסטים טקסטואליים וויזואליים ברשתות חברתיות, צילומי "סטילס", הקלטות קול וצילומי וידאו. רעיונות, תהליכים, מושגים מתמטיים, עובדות וחדשות היום אינם מוגנים כלעצמם, אולם ביטויים (למשל – סרטון שמצביע על עובדות או רעיון שמובע בתמונה) – יהיו מוגנים כיצירה.

ברירת המחדל לפיה יש לבקש את אישורו של בעל זכות היוצרים לשימוש ביצירתו מסוייגת באמצעות פרק ד' בחוק, שכותרתו "שימושים מותרים". במצבים המנויים בפרק, ניתן לעשות שימוש ביצירות ללא קבלת היתר מבעל הזכויות ביצירה וללא מתן תמורה (אך תוך שמירה על הזכות המוסרית). חלק מהיתרי השימוש בפרק ד ניתן מלכתחילה ומייצר "נמל מבטחים" סטטוטורי (כלומר - הגנה מובטחת בתנאי שעומדים בתנאי הסעיף) וחלק מהם יקבע רק בדיעבד אד-הוק בבית המשפט. מבין ההיתרים המנויים בפרק ד, שניים רלוונטיים במיוחד לענייננו:

1. "נמל מבטחים" סטטוטורי: הגנת יצירות יתומות. סעיף 27א לחוק עניינו יצירות שהיוצר ובעל זכות היוצרים בהן אינו ידוע או לא אותר. כדי לעשות שימוש בהגנה זו יש לעמוד בכמה תנאים:

(1) לבצע "שקידה סבירה" בניסיון לאתר את בעל הזכויות;

(2) לכתוב לצד התמונה/וידאו/תוכן אחר כי השימוש נעשה לפי ס' 27א;

(3) לספק כתובת אימייל שבעלי זכויות שמזיהים את יצירתם יוכלו לפנות אליה. עם הגעת פניה כזו (המאמתת את זהותו של בעל הזכות) יש לפעול לקבלת רשיון או לחדול משימוש ביצירה.

בנוסף לתנאים אלה, אם מי שמבצע את השימוש הוא גוף מסחרי, עליו גם לפרסם הודעה זמן סביר לפני השימוש ולשלם דמי שימוש סבירים בגין התקופה בה נעשה השימוש.

2. הגנה "בדיעבד": הסדר השימוש ההוגן. ס' 19 לחוק קובע כי ניתן לעשות ביצירה שימוש הוגן ללא קבלת היתר וללא תשלום תמורה בגין השימוש. כדי ששימוש ביצירה יחסה תחת הגנת השימוש ההוגן, עליו לעמוד בשני תנאים מצטברים. ראשית, עליו להיעשות למטרה מאלה המנויות בסעיף קטן א (או למטרה "כגון אלה"). שנית, עליו להבחין על פי מבחני השימוש ההוגן המנויים בסעיף קטן ב. ההכרעה אם שימוש היה הוגן נעשית על ידי בית משפט בדיעבד בהתאם לשני הפרמטרים הללו.

(1) מטרת השימוש (ס' 19א לחוק). החוק מונה רשימה פתוחה של מטרות שבגינן או בגין מטרות "כגון אלה" ניתן להתיר שימוש ביצירה ללא הרשאה וללא תשלום. פעילות הסברה אינה מנויה במפורש כאחת המטרות אולם ניתן להניח שעל פי רוב היא תהיה דומה ל"ביקורת", "סקירה" ו"דיווח עיתונאי" המנויות בסעיף. כאמור, רשימת המטרות היא פתוחה ולכן גם שימוש שלא נכלל במפורש ברשימה יכול להיחשב להוגן. יצויין כי ממילא בפסיקתנו, הרף הקבוע בסעיף 19א אינו גבוה, וישנן פסיקות ש"פסחו" על בחינתו לחלוטין. לאור האמור, שימוש לצורך הסברה עובר לדעתנו ללא קושי מיוחד את המשוכה הקבועה בסעיף 19א.³

¹ ישנן תקופות הגנה מיוחדות, כגון לעניין תקליט, גופן ויצירות של המדינה. ראו ס' 38-44 לחוק זכות יוצרים.
² לעניין זה נקבעו כללי אצבע בס"ק (ג) לחוק זכות יוצרים: "א) לעניין סעיף קטן (ב), רשאי בית המשפט להתחשב, בין השאר, באלה: (1) אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה; (2) אופי הפעולה ומטרתה; (3) יצירתה של היצירה על ידי העובד במסגרת עבודתו או לפי הזמנה; (4) המקובל בענף; (5) הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה."
³ תפיסתנו זו משתקפת גם בהנחיות הכלליות שניתנו למשרדי הממשלה באשר לשימוש בתכנים מוגנים ברשת האינטרנט. ר' הנחיה מספר 6.7000 מיום 2 באוקטובר 2017, שימוש בתכנים ברשת האינטרנט בידי משרדי הממשלה – היבטי קניין רוחני.

מדינת ישראל משרד המשפטים

(2) **הוגנות השימוש**. משנעברה המשוכה של סעיף 19(א), יש לבחון אם מתקיימים תנאיו של סעיף 19(ב). סעיף זה מונה ארבעה שיקולים שיש לבחון, "בין היתר", "לצורך בחינה של הוגנות השימוש ביצירה". הגם שניתן לבחון שיקולים נוספים, ארבעת השיקולים המנויים בחוק מהווים את עמודי התווך בבחינת הוגנות השימוש. שיקולים אלה נבחנים בדיעבד לפי נסיבות השימוש הספציפי ובאופן הוליסטי, כך שלאחר בחינת כל השיקולים, יש לבחון את הדברים במבט כללי בלי לייחס לשיקול זה או אחר משקל מכריע. ואלה הם השיקולים:

i. **מטרת השימוש ואופיו**. המטרה בהפצת התכנים היא חיזוק העמדה הישראלית בדעת הקהל וסיוע במאמצי ההגנה על מדינת ישראל, וברי כי מנקודת מבטה של מדינת ישראל, יש לראות מטרה זו כבעלת ערך חברתי גבוה, בעיקר בתקופת מלחמה. **אופי השימוש** נבחן בפסיקה בעיקר לאור השאלה אם השימוש שנעשה ביצירה הוא שימוש ביצירה כפי שהיא, או שהוא מהווה שימוש טרנספורמטיבי, קרי שימוש המשנה את היצירה, את מטרתה, משמעותה או הקשרה. ככל שהשימוש הוא טרנספורמטיבי יותר, כך נחשב הוא "הוגן" יותר, על בסיס ההנחה ששימוש טרנספורמטיבי מעשיר את עולם היצירה, והציבור יוצא נשכר. משמעות הדבר היא שכאשר השימוש בתכנים כולל לא רק הפצה שלהם אלא הכללתם בתוכן חדש או שינוי הקונטקסט שלהם - מתחזקת הטענה כי השימוש הוא הוגן. קריטריון נוסף בהקשר זה כולל את השאלה אם השימוש הוא מסחרי. הגם שגם שימוש מסחרי עשוי להיחשב להוגן, שימוש שאינו מסחרי מגדיל את הסיכוי שהשימוש יחשב להוגן. **בסך הכל, להערכתנו, במקרה הרגיל של הסברה במלחמת חרבות ברזל, יצביע שיקול זה על הוגנות השימוש.**

ii. **אופי היצירה בה נעשה השימוש**. שיקול זה בוחן באיזו יצירה מדובר ובאיזו מידה מצויה היא בליבת דיני זכויות היוצרים. כך למשל, שימוש ביצירה ספרותית או מוסיקלית עשוי להבחן ביתר קפדנות לעומת שימוש בשידור או בהקלטה. כמו כן, שימוש ביצירות המבוססות על עובדות ונתונים או ביצירות הנושאות אופי מחקרי יסווגו כשימוש הוגן ביתר קלות - הגם כי לא באופן גורף - לעומת יצירות שהן פרי דמיונו של היוצר. **בענייננו, תכני הסברה יכולים להיות מגוונים. כאשר נעשה השימוש בתכנים עובדתיים כגון עובדות גופא, תיעוד אירועים "בזמן אמת", או "חדשות היום", תתחזק המסקנה בדבר קיומו של שימוש הוגן.**

iii. **היקף השימוש ביחס ליצירה ושלמותה**. הכוונה בשיקול זה היא לבחון מה - וכמה - ניטל מהיצירה במסגרת השימוש בה, בין היתר ביחס לאינטרס הגלום בשימוש. בקצה אחד של הסקאלה, הפצה של סרט באורך מלא, למשל, רק בשל הערך ההסברתי שקיים בדקה מסויימת במהלך הסרט כנראה לא תחשב להוגנת. בקצה השני של הסקאלה, הפצה של חלק רלוונטי מצומצם מאד מיצירה תכוון לפרשנות לפיה השימוש הוא הוגן. בנוסף, לעתים קרובות (אם כי לא תמיד), השימוש בתכנים נעשה לצורך המידע העובדתי הכלול בהם, כגון, עובדות וחדשות. **בענייננו, המסקנה כי שימוש מסוים הוא הוגן תתחזק ככל שההיקף שניטל מהיצירה לא היה נרחב וככל שהשימוש בתכנים נעשה לא על מנת לעשות שימוש בביטוי היצירתי הגלום בהן אלא כדי לאפשר גישה לעובדות או לאלמנטים בלתי מוגנים אחרים העולים ממנה.**

iv. **השפעת השימוש על השוק המקורי של היצירה**. שימוש יחשב להוגן ביתר קלות אם הוא לא פוגע בשוק של היצירה. כך למשל, כאשר עסקינן בצלם עצמאי המתפרנס מיצירותיו או בגוף תקשורת ממוסד שמוכר את התכנים שלו או מציע אותם מאחורי "חומת תשלום" (paywall), פרסום של התוכן המלא בחינם עשוי להחליש טענה של שימוש הוגן. לעומת זאת, כאשר השימוש בתוכן אינו צפוי לפגוע באינטרס הכלכלי של בעל הזכות או כאשר ניתן להניח שהוא היה מסכים לשימוש לו מצב הדברים היה מאפשר שיח נינוח בעניין - תתחזק הטענה של שימוש הוגן. לעתים קרובות, שימוש רק בחלק של היצירה עשוי להחליש טענה לפגיעה בשוק של היצירה. **בענייננו, נכון להפעיל שיקול דעת ושכל ישר על מנת להעריך השפעה פוטנציאלית של השימוש על השוק ולפעול לפי הקווים המנחים המוצעים בחלק הבא.**

v. **מתן קרדיט**. ישנה פסיקה שנתנה משקל לשאלה אם ניתן קרדיט ליוצר בהכרעה אם מדובר בשימוש הוגן. **במידת האפשר, מתן קרדיט ליוצר יגדיל את הסיכוי שהשימוש יחשב להוגן.**

מדינת ישראל

משרד המשפטים

קווים מנחים

א. כיצד ניתן לעשות שימוש בתכנים של אחרים לצורך הסברה?

ישנן שלוש דרכים חוקיות מרכזיות לעשות שימוש בתכנים של אחר בהקשר דנן:

1. **שימוש ברשיון**. כאמור, ברירת המחדל בדיני זכויות יוצרים היא ששימוש ביצירות מחייב את אישור בעל זכות היוצרים. באשר לזכות המוסרית, די במתן קרדיט במקרים המתאימים ואין צורך לפנות ליוצר. לפיכך, השגת רשיון שימוש מהווה את האפשרות הכי "שונאת סיכון" עבור המשתמשים. מה יחשב לרשיון?

(1) **הזמנה לשיתוף**: כאשר מדובר ביצירות שבעלי היצירה קוראים לציבור לשתף ("לשתף בכל הכוח"), "תפוצצו את הרשת עם זה", שכל העולם ישמע!", ניתן לראותם כהיתר לעשות שימוש ביצירה. שינוי של היצירה או הוצאתה מהקשרה עשוי לחרוג מההרשאה. ניתן לתעד את ההזמנה לשיתוף לצורך ראייתו.

(2) **הפצה של תוכן שנמצא ברשת חברתית**:⁴ לפי תנאי השימוש של הרשתות המוכרות לנו, פרסום של תוכן מעניק רשיון שיתוף של התכנים.

(3) **פניה לרשתות מדיה ישראליות**: ביוזמה מבורכת של קבוצת משפטנים מובילים מהאקדמיה והפרקטיקה, נוצרה מסגרת למסלול אישור שימוש מהיר בתיווך של הקבוצה עבור תכנים של ערוצים 11, 12, 13 צלמי "פלאש 90", עיתון הארץ, ועוד. ניתן לפנות לקבוצה ליצירת קשר מהיר באמצעות הדוא"ל - 101@law.co.il.

(4) **פניה רגילה להשגת רשיון**: איתור בעל זכות היוצרים ויצירת קשר עמו.

נראה אפוא שתכנים רבים מופצים למעשה ברשיון. במצבים אחרים, ניתן לעשות שימוש באחד או יותר מההיתרים המנויים להלן לשימוש בתכנים - ההסדר בדבר יצירות יתומות וההסדר של שימוש הוגן.

2. **שימוש בס' 27א: יצירות יתומות**. אם בעל הזכויות לא ידוע ולא אותר, ניתן לקיים רשימת תנאים הקבועים בסעיף ולזכות בהגנה מובטחת מפני תביעה, בתנאים שפורטו לעיל.

3. **שימוש הוגן**. מותר לעשות שימוש הוגן בתכנים מוגנים גם ללא רשות בעל הזכויות בתנאים המנויים בסעיף.

ב. כללי אצבע

לאור כל האמור, להלן מספר כללי אצבע בשאלה מתי שימוש בתכנים יהיה מוגן תחת הדין הקיים, על מנת לצמצם אי וודאות. כאמור בראשית הדברים, אלה הם כללי אצבע בלבד שאינם יכולים "לכסות" כל מקרה היפותטי, ולכן הצענו לעיל ניתוח משפטי מלא של הסוגיה. אנו מקווים שעל אף המגבלות, כללים אלה יהיו לעזר.

1. **העדפה של תכנים שאינם מוגנים ב"paywalls"**. הפצה של תכנים שהגישה אליהם התאפשרה לאחר תשלום והפצתם כך שהכל יוכלו לגשת אליהם ללא תשלום עלול להוות משקל נגד להכרעה שהשימוש הוא הוגן (למשל פרסום כתבה מהאקונומיסט, מה-NY TIMES או מעיתונים אחרים שניתן לגשת אליהם רק בתשלום).

⁴ למעשה, ישנם רשיונות נוספים מעבר לאלה של רשתות חברתיות, לרבות רשיון creative commons שאופייניים לתכנים של פלטפורמות כגון ויקימדיה. רשיונות CC משנים את ברירת המחדל מ"כל הזכויות שמורות" ל"חלק מן הזכויות שמורות", ומתירים שימוש ביצירה בתנאים, כגון מתן קרדיט ליוצר (CC-BY); הגבלת שימוש מסחרי (CC-NC) או הגבלת יצירה נגזרת (בכלל או בדרישה ל-"share alike"). ראו <https://creativecommons.org/about/licenses/> About CC licenses Creative Commons, <https://creativecommons.org/about/licenses/>. **במסמך זה אנו נמנעים מהרחבת יתר של נושאים שינם בליבת הסוגיה.**

מדינת ישראל משרד המשפטים

2. **העדפה של פרסום לא מלא של תכנים אם אפשר.** מובן שישנם מצבים בהם שימוש חלקי יחטיא את המטרה. אולם בקצה השני של הסקאלה, נראה כי בלא מעט מקרים לא יהיה הכרח לשדר שידור מלא כדי להעביר מסר מסויים.
3. **העדפה להמנע מפעולה כנגד רשיון.** פעמים רבות, מומלץ להמנע מפרסום של תכנים שמי שיצר אותם ביקש לא להפיצם או להגביל את הפצתם לתפוצה או בהקשר מסויימים. על אף האמור, ברור שישנם מצבים בהם גם פעולה נגד רשיון תהווה שימוש הוגן. דוגמה קלאסית לכך היא מצב בו ערוץ תקשורת נחשף בקלקלתו והוא מנסה למנוע את פרסום הטעות באמצעות שימוש בדיני זכויות יוצרים. במצב זה, סביר שהגנת השימוש ההוגן תאפשר את הפרסום.
4. במידת האפשר, יש מקום לשקול מתן **קרדיט** ליוצר התוכן. הקרדיט צריך להתאים לסטנדרט המקובל והסביר בנסיבות העניין ולכן לא תמיד יהיה צורך בדבר.
5. כאשר מדובר ביצירות שהועלו ע"י גורמים עוינים, למשל סרטונים שצולמו ע"י פעילי חמאס, אין צורך לפעול לקבלת רשיון.⁵
6. כדאי להמנע מסילוף יצירה בדרך שפוגעת בכבודו של היוצר אם הדבר לא משרת את מטרת השימוש.
7. כדאי לשמור צילומי מסך לצרכים ראיתיים (למשל להראות שהיוצר עודד את השימוש בתוכן). אם מתבצע ניטור ובדיקה של מקור היצירה, כדאי לתעד את הדברים.
8. כדי לצמצם סיכונים משפטיים ותדמיתיים, ניתן להציע בעמוד של המפרסם (בעיקר אם מדובר באתר עצמאי ולא בדף של רשת חברתית) לפנות אליו במקרה של טעות או פגיעה בזכויות. ראו להלן, טקסט שניתן לעשות בו שימוש, כך או בשינויים:

We respect the rights of copyright holders, authors, subjects of photographs and others who may have rights in the content that we publish. We invest efforts in verifying the source of our information, locating copyright owners and rightsholders for the use of all materials appearing on our pages. If, despite these efforts, you believe that an error has occurred involving the accuracy of the information or any rights on our pages, please e-mail us at: XXX.

סיכום

המעורבות של ישראלים רבים במלחמת ההסברה ראויה היא לכל שבח. מסמך זה נועד להקל על העושים במלאכה ולסייע בהפגת חששות ומיצירה של אפקט מצנן על פעילות רצויה זו. אנו עומדים לרשותכם לכל שאלה או מחשבה בכתובת: LitalHe@justice.gov.il.

יחד ננצח! עם ישראל חי!

⁵ ר' גם חוות דעת: שימוש בתכנים מתוך מדיה בעולם הערבי לצורך הסברה, ייעוץ וחקיקה (אזרחי) מיום ה-6 בפברואר 2014.