

| | |
|--|---|
| הנחיות היועץ המשפטי לממשלה | משפט אזרחי קניין רוחני |
| תאריך: י"ב תשרי התשע"ח, 2 אוקטובר 2017 מספר הנחיה: 6.7000 | שימוש בתכנים ברשת האינטרנט בידי משרדי הממשלה – היבטי קניין רוחני |

שימוש בתכנים ברשת האינטרנט בידי משרדי הממשלה – היבטי קניין רוחני

תוכן עניינים

1. מבוא.....1
2. רקע כללי לדיני זכות יוצרים ויצירות מוגנות.....2
3. יצירות הניתנות לכל שימוש ושימושים מותרים נוספים.....6
4. שימושים מותרים, שימוש הוגן, ובפרט שימוש למטרות הסברה.....10
5. הנחיות לעניין רכישת מאגרי תוכן בידי משרדי הממשלה.....16

1. מבוא

1.1 רשת האינטרנט, על השימושים החדשים שהיא מאפשרת, פתחה לפני משרדי הממשלה ערוצי תקשורת והסברה חדשים. עם אלה נמנים אתרי משרדי הממשלה, עמודים ודפים של משרדי הממשלה באתרי אינטרנט אחרים דוגמת יו-טיוב ועוד וברשתות חברתיות שונות דוגמת פייסבוק, אינסטגרם, ועוד. רשת האינטרנט מאפשרת העלאת תכנים מסוגים שונים לפלטפורמות אלה ואחרות, ושיתוף פשוט ונוח של תכנים עם כלל הציבור.

1.2 מטרתו של מסמך זה היא להבהיר את סוגי השימושים שעשויים משרדי הממשלה לעשות בתכנים ברשת, את השאלות המשפטיות הכרוכות בשימושים כאמור, ובעיקר להידרש לפרסומם של תכנים ויצירות ממקורות שונים באתרי משרדי הממשלה עצמם, או בעמודי משרדי הממשלה באתרים אלה ואחרים כמפורט לעיל.

1.3 כבר בפתח הדברים יובהר, כי המצאות יצירה זו או אחרת ברשת האינטרנט אין משמעה כי מותר לעשות בה שימוש. העתקת תוכן המצוי ברשת או פרסום תוכן כאמור באתרי משרדי הממשלה או בדפי משרדי הממשלה באתרים השונים עלולה לעלות כדי הפרת זכות יוצרים ולכן יש להימנע מכך, בכפוף לאמור להלן בנוהל זה. זאת, משום שככלל, כל יצירה העומדת בתנאי חוק זכות יוצרים, תשס"ח-2007 (להלן: "חוק זכות יוצרים"), מוגנת מיום יצירתה, וכמעט ללא תלות במקום יצירתה, למשך חיי היוצר וכן ל-70 שנים לאחר מותו. על כן, יש לצאת מנקודת הנחה לפיה ישנן זכויות ביצירה (לרבות זכות מוסרית, כפי שיפורט להלן), ולפעול בהתאם לאמור להלן.¹

¹ במקרים מסוימים להיותה של יצירה "זרה" – היינו, יצירה שנוצרה מחוץ לישראל, שפורסמה לראשונה מחוץ לישראל (בתנאים מסוימים ונדירים למדי) או בידי מי שאינם אזרחים או תושבים ישראלים – תהיה משמעות לעניין משך והיקף הגנתה. עם זאת, לצורך מסמך זה יש להתייחס ליצירות אלה כאל יצירות שארץ מוצאן היא מדינת ישראל. בכל שאלה פרטנית בעניין זה, ניתן לפנות למחלקת יעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) במשרד המשפטים.

1.3.1 הנחיה זו חלה על יצירות מקוריות,² כגון: תכנים כתובים – מאמרים, בלוגים, כתבות, פוסטים ברשתות החברתיות (גם אם קצרים יחסית), מצגות, תרשימים, מפות וכיוצא באלה; צילומים – צילומי סטילס וצילומי וידאו, לרבות סרטים, סרטונים וכדומה; שירים – הן המילים והן הלחן, שהן שתי יצירות נפרדות; ציורים; תוכנות מחשב; תקליטים, ועוד.

1.3.2 יודגש, כי היצירות מוגנות בין אם הן מצויות ברשת האינטרנט כקבצים דיגיטליים, בין באתרים עצמם, בין על גבי תקליטורים, בעיתונים, בספרים או בכל פורמט אחר שמעגן את היצירה, לרבות דיגיטלי, אנלוגי או מודפס.

1.4 בהמשך לכך, מסמך זה מטרתו להנחות את עובדי משרדי הממשלה בדבר שימוש בתכנים וביצירות ברשת האינטרנט, תוך התחשבות בזכויות היוצרים וכיבודן. יצוין, כי לא ניתן לדעת בוודאות בכל מקרה, ומראש, האם כל שימוש ושימוש מפר אם לאו, ועל כן הנחיות אלה מטרתן לספק מסגרת כללית לבחינת השימושים שמבקשים עובדי משרדי הממשלה לעשות ביצירות ברשת האינטרנט. יובהר, כי תיתכנה טעויות בתום לב שיתרחשו גם תוך שמירה על הוראות חוזר זה.

1.5 מסמך זה מהווה כללי אצבע כלליים לשימוש בתכנים ברשת, ומטרתו למזער חשיפה לפגיעה בזכויות. אין להתייחס למסמך זה כפרשנות היחידה האפשרית של החוק. בהמשך לכך, בכל מקרה שבו מתעורר הצורך בעשיית שימוש פרטני החורג מהמתואר להלן, או במקרים החורגים מגדרו של מסמך זה, העוסק, כאמור, בשימוש ברשת האינטרנט בלבד, ניתן לפנות לאשכול קניין רוחני במחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) במשרד המשפטים, לצורך בחינת העניין.

2. רקע כללי לדיני זכות יוצרים ויצירות מוגנות

2.1 זכויות היוצר

2.1.1 מטרתם של דיני זכות היוצרים היא לתמרץ יצירתן של יצירות חדשות, לטובת הציבור, וכן להפיץ אותן.³ לשם כך, מעניק חוק זכות יוצרים זכויות שימוש בלעדיות ליוצר יצירה ("זכויות כלכליות"). בנוסף מעניק החוק ליוצר זכות מוסרית. זכויות אלה תפורטנה להלן.

2.1.2 זכויות כלכליות

2.1.2.1 סעיף 11 לחוק זכות יוצרים מגדיר מהן זכויותיו הכלכליות של בעל זכות יוצרים, ומכך ניתן ללמוד אלו פעולות ניתן לבצע משום שאינן מוגנות במסגרת זכויות היוצר. יש לציין, כי זכות היוצרים לא תמיד תהא מצויה בידי היוצר – ראשית, לעיתים הזכות שייכת, כברירת מחדל, לגורם אחר כגון המעסיק או המדינה.⁴ שנית, הזכות עבירה ומכאן שהיוצר יכול להעביר את זכותו לגורם אחר. במקרה כזה, האחר שאליו הועברו הזכויות הוא שמחזיק בזכויות הכלכליות, ובהתאם, הוא הגורם המוסמך להרשות את השימוש ביצירה. בנוסף, במקרים מסוימים לא ניתן יהיה לאתר את היוצר או את בעל זכות

² מבחן המקוריות מורכב משלושה מבחני משנה: 1. מבחן ההשקעה – השקעת עמל של היוצר ביצירה – הרף של מבחן זה פורש כנמוך (כלומר, די בהשקעת עמל מינימלי על-מנת לעמוד בתנאי זה); 2. מבחן המקוריות – מקור היצירה הוא ביוצר, כלומר, אין מדובר ביצירה שמבוססת באופן גורף על יצירה אחרת; 3. מבחן היצירתיות – עד כמה תורמת היצירה להעשרת עולם היצירות הזמין לציבור – גם הרף של מבחן זה פורש כנמוך. ראו ע"א 7996/11 סייפקום בע"מ ואח' נ' רביב (פורסם באר"ש, 18.11.2013).

³ בפסיקה הוכר גם הרצון לגמול ליוצר על המאמץ ועל המשאבים שהוא השקיע בהפקת היצירה. ראו ע"א 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ ואח', פ"ד סד(3) 740 (פורסם באר"ש, 20.6.2011).

⁴ ראו סעיפים 33-36 לחוק זכות יוצרים.

היוצרים ביצירה במאמצים סבירים. במקרים כאלה, מדובר ב"יצירות יתומות", כמפורט בהמשך.

2.1.2.2

הפעולות אשר מותרות אך ורק לבעל זכות היוצרים (באופן בלעדי), ולכן אין לעשותן ללא רישיון מתאים או מבלי לבחון האם מדובר בשימוש מותר הן הפעולות הבאות, והכל בכפוף לאמור בסעיפים 2.1.2.3 ו-2.1.2.4 להלן:

- א. העתקה – כגון העתקה של ספר דיגיטלי; העתקת תמונה שמצויה באינטרנט והעלאתה לאתר של המשרד הממשלתי; "הורדת" תמונה למחשב (שמירתה כקובץ), וכדומה;
- ב. פרסום של היצירה – כלומר, הוצאת עותקים ממנה לראשונה לשוק; יתכן שהעלאת יצירה לאינטרנט תיחשב "פרסום" לעניין זה בתנאים מסוימים (אם היצירה לא פורסמה קודם לכן במקום אחר, ויודגש כי נקודה זו אינה רלוונטית לעניין חומר שכבר פורסם);
- ג. ביצוע פומבי של היצירה – למשל: הקרנת סרט לציבור; השמעת מוזיקה במקום פתוח לציבור, לרבות במשרדי ממשלה ככל שההשמעה היא לציבור.
- ד. שידור – כגון שידורי טלוויזיה או רדיו, כולל שידור בזמן אמת (streaming), ולרבות שידור מאתר אינטרנט;
- ה. העמדה לרשות הציבור – כלומר הנגשת היצירה כך שלכל אדם יש גישה אליה מכל מקום ובכל מועד לבחירתו (לעומת "שידור", שבו מועד העברת היצירה נבחר ונקבע על-ידי המשדר בלבד). למשל, העלאת יצירה לאתר אינטרנט, הנגיש לכלל הציבור בכל עת, או לעיתים אף לאתר אינטרנט סגור שהגישה אליו מוגבלת לקבוצה גדולה יחסית, בהתאם לנסיבות;
- ו. עשיית יצירה נגזרת – כלומר יצירה שמבוססת באופן מהותי על יצירה קודמת. לדוגמה: יצירת מצגת שהיא גרסה מקוצרת של ספר; דוגמאות מחוץ לעולם הדיגיטלי: המחזת סיפור, יצירת סרט שמבוסס על ספר;
- ז. השכרה – רק לגבי תקליטים (כולל דיסקים מוזיקליים); יצירות קולנועיות דוגמת סרטים ותוכניות טלוויזיה; תוכנות מחשב.

2.1.2.3

לפי דיני זכות יוצרים, שימוש ביצירה מוגנת או בחלק מהותי ממנה מחייב הסכמה לכך מבעל זכות היוצרים ביצירה. "חלק מהותי" פורש בפסיקה כמבחן איכותי ולא כמותי.⁵ כך, גם אם ניטל חלק קטן, אשר נראה "בטל בשישים" לעומת היצירה כולה, עדיין אם מדובר ב"לב לבה" של היצירה, יתכן, כי ייפסק שמדובר בחלק מהותי. בהמשך לכך, יתכן שפסקה אחת מתוך ספר, או בית אחד מתוך שיר, יהוו חלק מהותי מהספר או מהשיר בהתאמה, לפי המבחן לעיל, והעתקתם והעלאתם לאינטרנט תהווה הפרת זכות יוצרים. יודגש, כי ככל שאין מדובר בחלק מהותי מהיצירה, **מותר לעשות כל שימוש בחלק זה.** כך למשל, ביצוע צילום מסך מתוך קטע וידאו שאינו מכיל בעצמו "דמויות

⁵ ראו למשל: ע"א 23/81 הרשקו ואח' נ' אורבך ואח' פ"ד מב(3) 749 (1988).

בדיוניות (כלומר, שאינו מכיל דמויות מצוירות, למשל),⁶ יהיה חלק לא מהותי מהיצירה, ולכן יצירתו והשימוש בו, ככלל, מותרים.⁷

2.1.2.4 הפעולות שאינן מנויות לעיל אינן פעולות מוגנות, ולכן כל אדם רשאי לבצען או להתירן, ללא קבלת הסכמה וללא תשלום תמורה ליוצר. כך למשל, מותרות פעולות של עיון ביצירה (אולם, אין להעתיק יצירה לצורך כך; ראו לעיל) ופעולות של השאלה (אך לגבי יצירות מסוימות – לא השכרה, וראו לעיל).

2.1.3 זכות מוסרית

2.1.3.1 כאמור, לצד הזכויות הכלכליות המוקנות ליוצר ביצירתו, שפורטו לעיל, מאז שנת 1981 קובעים דיני זכות היוצרים בישראל כי ליוצר גם זכות מוסרית.⁸ הזכות המוסרית היא זכות אישית, אינה ניתנת להעברה, והיא נותרת בידיו של היוצר גם אם העביר את הבעלות בזכותו הכלכלית ביצירה, בחלקה או במלואה, לגורם אחר.⁹ הזכות המוסרית נחלקת לשתיים:

א. הזכות לייחוס ראוי ("הזכות לקרדיט") – זכות היוצר "כי שמו ייקרא על יצירתו בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין". למשל, כאשר מדובר ביצירות שבדרך-כלל נהוג לפרסמן ללא קרדיט ליוצר, או בפלטפורמות בהן בדרך-כלל נהוג שלא לתת קרדיט ליוצר, אין צורך לציין את שם היוצר בסמוך ליצירתו; כאשר מדובר ביצירות אשר לגביהן נהוג לתת קרדיט באופן מסוים בלבד, או בפלטפורמות כאלה, יהיה די במתן הקרדיט באופן זה.¹⁰

⁶ דמויות אלה עשויות להיות מוגנות כיצירה עצמאית – וראו למשל: רע"א 2687/92 גבע נ' חברת וולט דיסני, פ"ד מח(1) 251 (1993); ע"א 8393/96 מפעל הפיס ואח' נ' The Roy Export Establishment Company ואח', פ"ד נד(1) 577 (2000).

⁷ ראו גם: ת"א (שלום ת"א) 3731-04-12 לביא ואח' נ' הוצאת עתון הארץ בע"מ (פורסם באר"ש, 3.5.2015).
⁸ ראו סעיפים 45-46 וכן 50 לחוק זכות יוצרים.

⁹ ראו סעיף 45(ב) לחוק זכות יוצרים.

¹⁰ יצוין, כי ברע"א 12/17 שריר נ' נירית זרעים בע"מ ואח' (לא פורסם, 28.3.2017), העיר השופט רובינשטיין, שלא כחלק מההנמקה המרכזית של פסק הדין, כי "אין בקיומו של נוהג מסוים [...] שלא לתת "קרדיט" ליוצר במצבים מסוימים, ככל שאכן ישנו כזה, כל עיקר, כדי לשלול את זכותם המוסרית של יוצרים ביצירותיהם".

פסק דין זה ניתן במסגרת בקשת רשות ערעור על פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי בעניין ע"א (מחוזי נצרת) 26435-07-16 שריר נ' נירית זרעים בע"מ ואח' (לא פורסם, 25.12.2016). בפסק דינו של ביהמ"ש המחוזי נפסק כך: "הנוהג הקיים בענף, נוהג אשר הוכח בפני בית המשפט קמא, שלא לציין את שם הצלם במודעות פרסומת, אין בו כדי לשלול מן המערער את זכותו הקבועה בחוק. לעניין זה יש, אולי השלכה אחרת, כפי שיובהר בהמשך, אולם לא בשאלה העקרונית הנוגעת לזכותו המוסרית של המערער. זכותו של היוצר קבועה בחוק והיא אינה נסוגה מפני נוהג כזה או אחר". יצוין כי "ההשלכה האחרת" הנזכרת בציטוט הנ"ל היא קביעת הפיצוי הסטטוטורי על סך של 0 ש"ח בידי ביהמ"ש במקרה זה.

עם זאת, יובא להלן מלוא הציטוט מתוך ספרו של גרינמן לעניין מקומו של הנוהג לגבי מתן קרדיט, אשר חלקו צוטט בפסק דינו של בית המשפט המחוזי. יצוין כי גרינמן מתייחס להבדלים שבין נוסח החוק הישן, לפיו הסעיף הרלוונטי התייחס להיקף ולמידה "המקובלים", לבין נוסח החוק החדש הנוקט בנוסח "ההיקף והמידה הראויים": "הסטנדרט האובייקטיבי החדש, המחייב ייחוס יצירה ליוצר בהיקף ובמידה "הראויים בנסיבות העניין", יחזק את הזכות לייחוס. לאורו, ייתכנו מקרים שבהם ייקבע כי למרות שמקובל לא לייחס יצירות מסוג מסוים ליוצריהן, אם בכלל או בנסיבות מסוימות, מדובר בנוהג פסול, וכי ראוי לחייב מתן ייחוס על אף קיומו. כך נעשה בצרפת לגבי שימוש בצילום בפרסומת מסחרית. עם זאת, יש לצפות כי הנוהג עדיין יילקח בחשבון בעת בחינת השאלה אם ראוי לחייב ייחוס, ועדיין ייתכנו מקרים שבהם ייקבע כי לא קיימת חובה כזו. זאת, בהתחשב בסוג היצירה, סוג השימוש ואופי אמצעי המדיה שבו נעשה השימוש". (ראו טוני גרינמן, זכויות יוצרים, מהדורה שניה, 2008, בעמודים 844-845 (להלן: "גרינמן").

בנוסף, אפורי מציין בספרו בהקשר זה כי "הביטוי "ראויים" מרמז על אמת מידה ערכית לציון השם לעומת הביטוי "מקובלים", המרמז על ציון השם לפי הנהוג. לדעתנו, ההבדל בין הביטויים קטן ביותר. יש להניח כי ברוב המקרים בית המשפט יאמץ את ההיקף הנהוג כהיקף הראוי. הביטוי "ראויים" פותח פתח לשיקול דעת שיפוטי רחב יותר במקרים שבהם אי אפשר להצביע על נוהג כלשהו, או במקום שהנסיבות מצדיקות סטייה מן הנהוג (חובה רחבה מהנהוג או מצומצמת ממנה, לפי הנסיבות)...". (ראו: תמיר אפורי, חוק זכות יוצרים (2012), בעמוד 352 (להלן: "אפורי").

לאור כל האמור לעיל, אין באמירה הנ"ל של ביהמ"ש העליון כדי לשנות מההנחיה מעלה.

- יצירות שהבעלות הראשונה בזכות היוצרים בהן שייכת למדינה או למשרד ממשלה¹¹ – במקרים רבים, לעניין יצירות אלה "ההיקף והמידה הראויים בנסיבות העניין" הם לא לקרוא את שם היוצר או היוצרים על גבי היצירה, כלל, וביתר שאת כאשר מדובר ביצירות שנוצרו בידי עובדי המדינה. כך למשל, כשמדובר במסמכים ממשלתיים שונים, פעמים רבות לא מקובל ולא ראוי לציין את שם או את שמות העובדים שהיו מעורבים בכתיבתם. עם זאת, פסיקת הערכאות הנמוכות הכירה לעיתים בזכותם המוסרית של עובדי מדינה, והדבר התעורר בעיקר בהקשר של צילומים: ישנם פסקי דין שבהם הוכרה זכותם המוסרית של צלמים בצילומים שצולמו במסגרת עבודתם כעובדי מדינה, ולפיכך המדינה היא בעלת זכות היוצרים (הכלכלית) בהם.¹² אולם, יצוין כי גם בנסיבות אלה, ישנם פעמים רבות נימוקים המצדיקים אי-מתן קרדיט לצלם בידי המדינה – החל מביטחוננו האישי של הצלם שמחייב אנונימיות של יוצר הצילום; מעורבותם של מספר גורמים ביצירתו של הצילום¹³ וכו'. על כן, מתן קרדיט לגבי יצירות שנוצרו מכוח סעיף 36 לחוק זכות יוצרים, כפוף לשיקול דעת המשרד או היחידה הממשלתית הרלוונטית, בשים לב לשיקולים שהובאו לעיל ולשיקולים דומים נוספים הרלוונטיים לעניין לדעת המשרד או היחידה. ככלל, יש להפעיל את הכלל באופן אחיד לגבי יצירות דומות, אשר אופיין והשיקולים המכתיבים מתן או אי-מתן קרדיט לגביהן דומים.

- יצירות מתורגמות – יש להעניק קרדיט הן ליוצר והן למתרגם – מאחר שהתרגום הוא יצירה נגזרת הזכאית להגנה כיצירה עצמאית.

- יצירות "יתומות" – יצירות שהיוצר ובעל זכות היוצרים בהן אינם ידועים – אין צורך כמובן להעניק קרדיט, אולם מוצע לציין על גבי היצירה כי: "היוצר אינו ידוע", ולהוסיף בתנאי השימוש הכלליים של האתר הוראה לפיה: "יצירות לגביהן צוין כי "היוצר אינו ידוע" הן יצירות אשר זהותם של יוצריהן ובעלי זכות היוצרים בהן אינן ידועות למשרד. המשרד יקדם בברכה קבלת מידע על אודות זהותם, בכתובת הדואר האלקטרוני: ____". בנוסף, אם זהות היוצר מתבררת, יש להעניק קרדיט מיד עם בירורה;

¹¹ יצירות שנוצרו בהתאם להוראות סעיף 36 לחוק, שלפיו: "המדינה היא הבעלים הראשון של זכות היוצרים ביצירה שנוצרה או שהוזמנה על ידה או על ידי עובד המדינה עקב עבודתו ובמהלכה, אלא אם כן הוסכם אחרת; לעניין זה, "עובד המדינה" – לרבות חייל, שוטר, וכל נושא משרה או בעל תפקיד על פי חיקוק במוסד ממוסדות המדינה."

¹² ראו: ת"א (מחוזי ת"א) 863-11-10 אילן נ' משכל הוצאה לאור והפצה בע"מ ואח' (21.6.2011) ואולם, שם נפסק כי: "... נוכח מהות ההסכמה באשר למתווה הדיוני... ולאור בקשת בעלי הדין... אף לא אכריע בשאלה העקרונית האם די במתן קרדיט לדובר צה"ל ו/או ללשכת העיתונות הממשלתית, או שמא יש ליתן קרדיט אישי גם לצלם שביצע את התצלומים"; ת"א (מחוזי י-ם) 22675-11-14 אילן נ' משכל הוצאה לאור והפצה בע"מ ואח' (27.8.2017), שם התקבלה הטענה כי מקום בו דובר צה"ל מנחה כי יש לייחס את התצלום לדובר צה"ל, ולא לצלם, כך יש לעשות: "מצאתי לקבל בסופו של דבר את עמדת הנתבעת והמדינה. שוכנעתי, מהנימוקים שאפרט להלן, שנכון להציב את נקודת האיזון במקום שונה מהרגיל, וזאת מקום בו דובר צה"ל האוחז בזכות היוצרים מנחה את המפרסם לייחס את היצירה לו ולא לצלם, וזאת כאשר מדובר בתמונה, שצילם צבאי, המצלם במסגרת השירות הצבאי, אגב הפעילות המבצעית (ובמקרה שלנו בעת מלחמה)". זאת, על סמך הנימוקים שהובאו בפניו, וראו שם; תא"מ (שלום י-ם) 46569-07-15 מילנר נ' ידיעות אינטרנט (10.11.2016).

¹³ למשל, מספר גורמים מעורבים באיתור הזדמנויות הצילום ובבחירת זווית הצילום; בבחירת הדמויות המופיעות בו וב"בימויו"; בעריכתו וכדומה.

ב. הזכות לשלמות היצירה – זכות היוצר "כי לא יוטל פגם ביצירתו ולא ייעשה בה סילוף או שינוי צורה אחר, וכן כי לא תיעשה פעולה פוגענית ביחס לאותה יצירה, והכל אם יש באילו מהם כדי לפגוע בכבודו או בשמו של היוצר." בנוסף לתנאים אלה, זכות זו כפופה גם לסייג סבירות,¹⁴ לפיו אם הפעולה הייתה סבירה בנסיבות העניין הרי שאין מדובר בהפרה. לצורך בחינת סבירות הפעולה רשאי בית המשפט לשקול, בין השאר, את אופי היצירה שביחס אליה נעשתה הפעולה; את אופי הפעולה ומטרתה; את יצירתה של היצירה על ידי העובד במסגרת עבודתו או לפי הזמנה; את המקובל בענף ואת הצורך בעשיית הפעולה לעומת הפגיעה שנגרמה ליוצר כתוצאה ממנה.

• יצוין, כי כאשר השימוש ביצירה מותר לפי סעיפי השימושים המותרים כפי שיפורט להלן, סבירות גבוהה היא שהשימוש מותר גם מבחינת הזכות לשלמות היצירה משום שהפעולה סבירה בהתאם לאמור לעיל.

2.1.4 לאור זאת, ככלל, אין לעשות כל שימוש בתוכן המצוי ברשת מבלי לקבל ראשית את הסכמת בעל התוכן, אלא אם כן השימוש מותר כאמור להלן. למען הסר ספק יצוין, כי אין לראות בהעלאת תוכן בידי גולש זה או אחר לרשת האינטרנט בכלל, ולרשתות החברתיות בפרט, משום הסכמה מכללא של הגולש לעשיית שימוש בתוכן בידי צדדים שלישיים.

2.1.5 עוד יצוין, למען הסר ספק, כי העתקה לצרכים פנימיים של המשרד – למשל הדפסת עותק של יצירה שלעובד המשרד יש גישה חוקית אליה, לשימוש פנימי במשרד, אין דינה כהעתקת היצירה והעלאתה לאינטרנט, והיא, ככלל, מותרת.

3. יצירות הניתנות לכל שימוש ושימושים מותרים נוספים

לצדן של הזכויות שמוענקות ליוצר קובע חוק זכות יוצרים, כי ישנם יצירות ופריטים שאינם מוגנים בזכות יוצרים, או שהשימוש בהם מותר בתנאים:

3.1 יצירות ופריטים המצויים ב"נחלת הכלל" ולכן ניתן לעשות בהם כל שימוש שהוא:

3.1.1 יצירות שתקופת זכות היוצרים בהן הסתיימה – לאחר תום תקופת ההגנה על היצירה, שהיא 70 שנים לאחר מות היוצר, פוקעת זכות היוצרים ביצירה, היצירה עוברת לנחלת הכלל וניתן לעשות בה כל שימוש שהוא. כך למשל, אין זכויות ביצירותיהם של הצייר וינסנט ואן גוך, הסופרת ג'יין אוסטן והמשורר חיים נחמן ביאליק. יצוין, כי ישנן יצירות שעבורן תקופת זכות היוצרים קצרה יותר, למשל, תקליטים מוגנים ל-50 שנים מיום יצירתם וצילומים שצולמו עד לחודש מאי 2008 מוגנים ל-50 שנים מיום הצילום;

3.1.2 פריטים אשר לפי החוק אין בהם זכות יוצרים:

א. סוגי פריטים לפי סעיף 5 לחוק זכות יוצרים – רעיונות, תהליכים, שיטות ביצוע, מושגים מתמטיים, עובדות, נתונים וחדשות היום אינם מוגנים בזכות יוצרים, וניתן לעשות בהם כל שימוש שהוא. יודגש, כי באופן הביטוי של כל אלה עשויה להיות זכות יוצרים. כך, רעיון אינו מוגן, אולם אם הרעיון נכתב או הוצג בצורה כלשהי, אזי יש זכויות

¹⁴ ראו סעיף 50 לחוק זכות יוצרים.

באופן שבו נכתב הרעיון או הוצג. למשל, יש זכויות בציור של כלניות – עצמו, אך אין זכויות ברעיון לצייר כלניות או פרחים. בדומה, אין זכויות בחדשות היום, או בעובדה שמאורע מסוים התרחש במקום ובזמן מסוימים, אך עשויות להיות זכויות באופן שבו דווח על חדשות היום או על עובדה זו, ככל שיש בדיווח מקוריות – למשל רשימה בבלוג או כתבה באתר חדשות, ככל שאלה מקוריים. על כן, מותר לדווח על חדשות היום או על עובדה כאמור, ואין בכך משום הפרה, אך העתקת רשימה מבלוג או כתבה מאתר חדשות, בדרך כלל תהווה הפרה של זכות יוצרים משום שבמרביתם המוחלט של המקרים אלה מקוריים, ולכן אין להעתיק אותם. עם זאת, ניתן לעשות סיכום או תמצית, או להשתמש בציטוט או מובאה מהם, כאמור בסעיף 4.5.1 להלן.

ב. פרסומים רשמיים של המדינה לפי סעיף 6 לחוק זכות יוצרים – חוקים, תקנות, דברי הכנסת והחלטות שיפוטיות של בית משפט או של כל רשות שלטונית המפעילה סמכות שפיטה על פי דין – מצויים בנחלת הכלל וניתן לעשות בהם כל שימוש שהוא;

3.1.3 שימושים שניתן לעשותם באופן גורף על-פי החוק –

3.1.3.1 כל שימוש בחלק לא מהותי מהיצירה – למשל, צילום מסך מתוך קטע וידאו (סרט, סדרת טלוויזיה, סרטון ביו-טיוב וכדומה) ייחשב כחלק שאינו מהותי, במרבית המקרים (ראו לעיל בסעיף 2.1.2.3).

3.1.3.2 שימושים שאינם אסורים לפי החוק, דוגמת השאלה ועיון (ראו לעיל בסעיף 2.1.2.4).

3.2 יצירות אשר מותר לעשות בהן שימוש בתנאים:

3.2.1 יצירות שזכות היוצרים בהן מצויה בבעלות מלאה של המדינה או שנוצרו על ידי המדינה, על ידי עובד המדינה, או שהוזמנו על-ידי המדינה או עובד המדינה לפי סעיף 36 לחוק זכות יוצרים ואין הסכם אחר לגביהם – הזכויות ביצירות אלו שייכות למדינה ולכן משרדי הממשלה רשאים לעשות בהן כל שימוש (אלא אם המשרד הרלוונטי אוסר על כך מטעמים אלה ואחרים).¹⁵

3.2.2 תכנים שלמשרד יש רישיון שימוש לגביהם, לרבות תכנים המצויים במאגרים שרישיון שימוש בהם נרכש בידי משרד הממשלה הרלוונטי בתשלום – ניתנים לשימוש בהתאם לרישיון השימוש שניתן בלבד, או לתנאי השימוש של המאגר, לפי העניין, ויצוין שיש לבדוק האם הרישיון ניתן למדינה או למשרד ספציפי (אם ניתן למדינה, אין מניעה לעשות שימוש בהתאם לתנאי הרישיון כאמור, ואם ניתן למשרד מסוים, אזי המשרד הרלוונטי רשאי להשתמש ביצירה כאמור, ומשרדים אחרים אינם רשאים לעשות כן);

3.2.3 תכנים המצויים במאגרים חנימיים – מותרים לשימוש בכפוף לתנאי השימוש של המאגר ובנוסף, ככל שמפורטים תנאים פרטניים לגבי כל יצירה המופיעה בו – בכפוף גם לתנאים אלה. כך למשל, האתר [Wikimedia Commons](https://commons.wikimedia.org/) מכיל יצירות אשר לרוב הועמדו לשימוש הציבור, בתנאים אלה ואחרים, ללא תשלום. יש להקפיד ולבחון כל תמונה כאמור בסעיף 3.3 להלן ובנספח 1, **ולעשות שימוש בהתאם לתנאי השימוש או הרישיון**. יצוין, כי לגבי חלק מהיצירות מצוין כי הן מצויות בנחלת הכלל ולכן הן ניתנות לכל שימוש, לגבי אחרות, השימוש בהן מותר בתנאים, והדבר טעון, כאמור, בדיקת כל יצירה באופן פרטני.

¹⁵ יצוין, כי לעניין צילומים שזכות היוצרים בהם שייכת במלואה למדינה, לפי החלטת ממשלה מספר 5268 מיום 6.12.2012, גם הציבור רשאי לעשות בהן שימוש בהתאם לתנאי השימוש בכל אתר משרד ממשלתי רלוונטי.

- א. בעידן הדיגיטלי, רבים מהתכנים מועלים לאינטרנט בידי גולשים. לדוגמה – תצלומים שצילמו בעלי חשבונות פייסבוק או אינסטגרם והעלו לעמוד שלהם, פוסטים שונים, וכיוצא בזה. ביצירות אלו יש זכות יוצרים, ולכן יש להעדיף להימנע משימוש בהן בדרכים כגון פרסומן מחדש או העתקתן, אלא בהתאם לאמור בסעיף 3.2.5 להלן.
- ב. אתרי אינטרנט שונים, לרבות פייסבוק כיום, כוללים בתנאי השימוש שלהם תנאי לפיו מעלה התוכן מסכים להעניק רישיון שימוש ביצירותיו, בתנאים אלה ואחרים, לעיתים אף לכלל הציבור. אולם, גם אם תנאי השימוש אכן מכילים הוראות דומות, המתנות על זכות היוצרים או מספקות לכאורה רישיון שימוש גורף בתכנים, אין ערובה לכך שאלה תקפות לאור היותם של תנאי השימוש חוזה אחיד המתנה על זכות קניינית. בנוסף, תנאי השימוש אינם מחסנים את המשרד מפני טענות לפיהן למעלה התוכן אין כלל זכויות בתוכן, ומשכך התחייבותו כלפי האתר הרלוונטי אינה תקפה. יודגש, כי במקרים שבהם זכויות הקניין הרוחני אינן שייכות למעלה התוכן, והמשרד עשה שימוש בתוכן בהסתמך על ההצהרה בתנאי השימוש של האתר, המשרד **מפר זכות יוצרים** משום שבפועל לא הייתה לו כל הרשאה לשימוש מאת בעל הזכות. לשם השלמת התמונה יצוין, כי זהו המצב גם כאשר נרכש רישיון שימוש ביצירה, אלא שכאשר ישנו חוזה כתוב ושולמה תמורה, יהיה קל יותר לתבוע פיצוי ושיפוי בגין כך מאת הגורם שנתן רישיון על אף שלא היה רשאי לעשות זאת. **לכן, יש לנקוט משנה זהירות בכל הנוגע לשימוש כגון פרסומם מחדש או העתקתם של תכנים שמועלים לרשתות החברתיות בידי גולשים.**

3.2.5 פונקציות שונות, קישורים מסוגים שונים, פרסום תכנים מחדש – ישנן דרכים שונות לשיתוף תכנים ברשת האינטרנט, ובעיקר ברשתות החברתיות: פונקציות דוגמת "share" בפייסבוק, שבפועל רק מפנות לתוכן המקורי; הצבת קישור לתוכן המצוי באתר אחר מבלי להעתיק את התוכן עצמו; העתקה ושימוש ביצירה עצמה באתר או בדפי האינטרנט הרלוונטיים, וכדומה. להלן תפורט ההנחיה לעניין דרך הפעולה לשיתוף תכנים:

3.2.5.1 כאשר נדרש שימוש ביצירה בשלמותה, גם אם מדובר ביצירה שהיא חלק מיצירה אחרת (למשל, תצלום ששובץ בכתבה, והכתבה הועתקה בחלקה אך ההעתקה כוללת את התצלום במלואו), **יש להציב קישור ליצירה ולא להעתיקה**. אם נדרשת העתקת היצירה בכל זאת, ראו את התנאים בסעיף 4.

3.2.5.2 שימוש בפונקציית "share", "like" ודומותיהן, ככלל, אינו מפר זכות יוצרים, לכל הפחות משום שבמרבית המקרים תנאי השימוש של האתר הרלוונטי מכשירים בעצמם את עשיית השימוש בפונקציה. **שימוש בפונקציות מסוג זה הוא, ככלל, מותר**, וזאת בשונה מהעתקת היצירה ופרסומה באתר המשרד או בדף הרשת החברתית של המשרד – אשר ממנה יש להימנע.

3.2.5.3 הצבת קישור המפנה לכל תוכן שהוא בצורה של כתובת העמוד הרלוונטי או hyperlink, ככל הנראה אינה מהווה הפרה של זכות היוצרים וניתן לעשות כן. אולם, כאשר ידוע או גלוי על פני הדברים, כי אתר כלשהו מפר זכות יוצרים (למשל, אתר להורדת סרטים או מוזיקה), לא ראוי להציב קישורים אליו, **ויש להימנע מכך**. מעבר לכך

שהדבר אינו ראוי עבור משרד ממשלתי, אין לדעת כיצד יפסוק בית המשפט לעניין השאלה האם מדובר ב"הפרה תורמת" – דוקטרינה יציר הפסיקה אשר הסנקציות בגינה שקולות לסנקציות בגין הפרה ישירה של זכות היוצרים, במקרים מסוימים.¹⁶

3.2.5.4 אין להעתיק תכנים מצויים ברשת האינטרנט ולפרסמם מחדש, לרבות "הורדת" יצירות או שמירתן באופן מקומי ואז העלאתן לדף אינטרנט אחר, אלא בכפוף לאמור בסעיף 4.

3.2.5.5 לשם הזהירות, אין להשתמש בקישורים מוטבעים (embedded links) – זוהי למעשה הטמעת תכנים בתוך האתר. כך למשל, אין להטמיע סרטון מיו-טיוב באתר המשרד כך שחלונית הסרטון מופיעה באתר, על אף שבמצב כזה, התוכן עצמו לא מועתק לאתר, אלא הוא מצוי ביו-טיוב ומנוגן משם, באמצעות האתר.¹⁷

3.3 לגבי כל תוכן הכלול בסעיפים 3.2.2 עד 3.2.4 שנעשה בו שימוש, יש להקפיד על הכללים הבאים (ויוודגש, כי האמור להלן אינו חל על שימוש בפונקציות דוגמת like ו-share):

א. ציון שם היוצר בסמוך לתוכן, וככל שיש דרישה לכך – גם ציון שם האתר ממנו נלקח התוכן וכדומה;

ב. אין לעשות שינויים בתוכן למעט שינויים שהם כל כולם התאמות טכניות;

ג. שמירת תיעוד – יש לשמור תיעוד של התוכן הרלוונטי מתוך האתר בו הוא מופיע (כלומר, תיעוד של היצירה ושל מקורה האינטרנטי – למשל: צילום מסך של האתר, כולל כתובתו והיצירה המופיעה בו, תאריך ושעה) וכן של תנאי השימוש החלים ביום עשיית השימוש: לעתים עם הורדת התוכן מתקבל גם קובץ הכולל את תנאי הרישיון, ויש לשמור אותו. אם אין קובץ שמוצמד לתוכן, יש לתעד את תנאי השימוש על ידי צילום מסך של תנאי השימוש הרלוונטיים כאמור לעיל, ולשמור אותם בצמוד לתוכן – ראו דוגמה בנספח 1.

¹⁶ יצוין, כי כאשר תכנים מוצגים באתר של המשרד, הבחינה תהיה האם המשרד הפר את זכות היוצרים הפרה ישירה. במקרים שבהם מוצגים קישורים, אין בדרך כלל הפרה ישירה (המשרד לא עשה שימוש ביצירה בעצמו, וראו פירוט להלן), אלא תיבחן דוקטרינה של הפרה תורמת: בע"מ 5977/07 האוניברסיטה העברית בירושלים נ' בית שוקן להוצאת ספרים בע"מ ואח' (פורסם באר"ש, 20.6.2011), הוכרה על ידי בית המשפט העליון דוקטרינת הפרה התורמת ביחס לזכות יוצרים. נפסק, כי יש להטיל אחריות על גורם הביניים, שלא ביצע את ההפרה בעצמו, בהתקיים שלושה תנאים מצטברים: 1. קיומה בפועל של הפרה ישירה – של משתמשי הקצה; 2. ידיעתו של גורם הביניים על ההפרה הישירה שבוצעה – נדרשת ידיעה בפועל על השימוש המפר ואין להסתפק בידיעה קונסטרוקטיבית, אך אין צורך בידיעה קונקרטית באשר לכל עותק מפר; 3. קיומה של תרומה משמעותית, ניכרת וממשית לביצוע ההפרה – אין דרישה כי פעולתו של גורם הביניים תהיה תנאי הכרחי לביצוע ההפרה, אלא די בכך שהיה לו חלק אינטגרלי ומשמעותי בשרשרת האירועים שהובילה להפרה. אינדיקציות לקיומו של תנאי זה הן בפעולות המפר לעידוד ההפרה, במידת מעורבותו בשרשרת האירועים שהובילה להפרה וביכולתו למנוע באופן אפקטיבי את ההפרה תוך נקיטת אמצעים סבירים. פסק דין זה, יושם בידי בתי המשפט המחוזיים, כך: בת"א (מחוזי מרכז) 567-08-09 א.ל.י.ס אגודה להגנת יצירות סינמטוגרפיות (1993) בע"מ נ' רוטר.נט בע"מ (פורסם באר"ש, 08.08.2011), נפסק, כי עצם יצירת קישור המעביר את הגולש ישירות לאתר המפר אינו מהווה הפרת זכות יוצרים, כיוון שיצירת הקישור אינה בגדר "עשיית פעולה ביצירה" וכן מפני שהקישור כשלעצמו אומנם מקל על אנשים מקרב הציבור לאתר את היצירה המפרה, אך הוא אינו זה שיוצר את אפשרות הגישה. אולם צוין, כי ייתכן שבעל אתר המעודד באופן אקטיבי הצבת קישורים לאתרים מפריס יחוב כמפר תורם, וזאת מאחר שפעילותו מביאה להתקיימות תנאי המודעות והתרומה המשמעותית שנקבעו בעניין שוקן. בת"א (מחוזי תל-אביב) 33227-11-13 אן.אם.סי. יונייטד אנטרטיינמנט בע"מ ואח' נ' BLOOMBERG Inc ואח' (פורסם באר"ש, 12.5.2015) (להלן: "עניין אן.אם.סי.") נפסק כי כל מטרתו של האתר שבנדון הייתה לעודד ולשדל העתקה אסורה של יצירות מוגנות (האתר קישר משתמשים הן למוזיקה שהוצבה באתרים הפועלים, ככלל, על-פי הדין, והן לתוכנות אשר מאפשרות שמירה בלתי מורשית, ולכן מפרה, של המוזיקה, במחשבי המשתמשים). במקרה זה, נפסק כי הצבת קישורים לאתרים בעלי תכנים המפריס זכות יוצרים היא בגדר הפרה תורמת להפרות המתבצעות על ידי משתמשי הקצה, ועל כן גורמי הביניים אחראיים כמפריס תורמים. יצוין כי בית המשפט השאיר בצריך עיון את השאלה האם הצבת קישורים לאתרים שמפנים לתוכן אשר מפר זכות יוצרים, עולה כדי הפרה ישירה.

¹⁷ בעניין אן.אם.סי., בפסקה 47, בית המשפט השאיר סוגיה זו בצריך עיון. אולם צוין, כי ייתכן וקישור מוטבע, בנסיבות מסוימות, עלה כדי הפרת זכות יוצרים.

ד. **אופי השימוש ושימוש מסחרי** – לעיתים רישיון השימוש אינו מכיל רישיון לשימוש מסחרי בתכנים, מציב תנאים שונים לשימוש מסחרי, או מציין מפורשות כי שימוש מסחרי הוא אסור. אין בפסיקה הכרעה ברורה בשאלה מהו "שימוש מסחרי", לרבות בשאלה האם שימוש בתוכן באתר או בדף הפייסבוק של משרד ממשלתי, למשל, מהווה שימוש מסחרי. לכן:

1. ככל שהשימוש המסחרי אפשרי לפי רישיון השימוש בתנאים מסוימים – **יש לפעול לפי תנאים אלה.**

2. ככל שהשימוש המסחרי אסור – לשם הזהירות **אין להשתמש בתוכן**, וניתן לפנות למחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) במשרד המשפטים לצורך בירור העניין במקרים פרטניים.

ה. **יש לבחון את היחס בין תנאי השימוש בתוכן בו עושים שימוש, לבין תנאי השימוש של האתר אליו מעלים את התוכן, ולהקפיד שאלה עולים בקנה אחד.** כך למשל, בדף הפייסבוק יש לעשות שימוש בתצלומים שעונים גם על תנאי השימוש של פייסבוק. יצוין, כי תנאי השימוש של אתרים אלה נתונים לשינוי בכל רגע נתון. על כן יש לוודא כי תנאי השימוש, כפי שהם בתוקפם ביום ביצוע השימוש, מאפשרים את ביצועו – ויצוין כי ישנם אתרים השולחים הודעות על שינוי בתנאי השימוש למשתמשים בהם. לגבי אתרים אלה, די בבחינת תנאי השימוש לאחר כל עדכון שמתקבל על שינוי תנאיהם, ואין צורך לבחון בכל פעם ופעם. בהמשך לכך, יש לשים לב כי בהעלאת התוכן לא נעשית הצהרה שאינה נכונה מבחינת מצב הזכויות. לצד כל תוכן שזכויות הקניין הרוחני בו אינן מצויות בבעלות המדינה, יש לציין את שם היוצר ואת מקור התוכן.

ו. **הנחיה כללית** – יש להוסיף הן באתר המשרד והן בפלטפורמות המקוונות הנוספות בהן עושה המשרד שימוש (דוגמת פייסבוק) **פרטי יצירת קשר**, כך שמי שסבורים כי זכותם נפגעה יוכלו לפנות למנהלי האתר או הדף באופן נגיש ויעיל (למשל, להוסיף בתנאי השימוש או בתחתית האתר "בכל שאלה, הערה או בעיה בנוגע לאתר זה ולתכניו, ניתן לפנות לכתובת הדואר האלקטרוני הבאה: _____"). בכל מקרה של תלונה שעיקרה בטענות של זכויות קניין רוחני, יש לטפל בעניין באופן מידי. ככל שהפעולה המבוקשת אינה מותרת כאמור לעיל, ניתן לבחון האם השימוש מותר בהתאם לסעיפי השימושים המותרים בחוק זכות יוצרים, אשר המרכזי בהם הוא סעיף השימוש ההוגן (ראו בסעיף 4 להלן).

4. שימושים מותרים, שימוש הוגן, ובפרט שימוש למטרות הסברה

4.1 חוק זכות יוצרים מגדיר מהם השימושים המותרים ביצירה המוגנת בזכות יוצרים.¹⁸ שימושים אלה מותרים אף בלא קבלת רשות מבעל זכות יוצרים ובלא תשלום תמורה, בתנאים המנויים בהם.¹⁹ השימושים המותרים כוללים, בין היתר, שימוש ביצירה בהליכים משפטיים או מינהליים; העתקה של יצירה המופקדת לעיון הציבור; שימוש אגבי ביצירה; שידור או העתקה של יצירות מסוגים מסוימים

¹⁸ ראו סעיפים 18-32 לחוק זכות יוצרים.

¹⁹ ולעניין סעיף 32 – בכפוף לתשלום תמלוגים כאמור באותו סעיף.

הממוקמות במקומות ציבוריים; שיקום והקמה מחדש של בניינים; התאמת יצירות לאדם עם מוגבלות, ועוד, והכל בתנאים מסוימים. כמו כן כוללים שימושים אלה "שימוש הוגן" ביצירה.

4.2 **שימוש הוגן – כללי** – סעיף השימוש ההוגן – סעיף 19 לחוק זכות יוצרים – הוא סעיף סטנדרט כללי ופתוח (בניגוד לקודמו לפי החוק הישן – סעיף "טיפול הוגן" אשר מנה רשימת מטרות סגורה).²⁰ מתוקף היותו של החוק חדש, טרם נדונה בפסיקה קשת רחבה של מצבים קונקרטיים בהקשר של שימוש הוגן. לכן, כיום אין לדעת בוודאות מראש האם פעולה זו או אחרת חוסה בגדרו של סעיף זה, אך הסעיף גמיש ויכול לכלול שימושים רבים ומגוונים. כך, שימוש הוגן ביצירה מותר למטרות **בגון** לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת מובאות, או הוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך (ויוזכר כי מדובר ברשימה פתוחה). בחינת "הוגנות" השימוש נעשית לפי הוראות סעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים, המהווה רשימה שמנחה את בית המשפט. בית המשפט רשאי להוסיף שיקולים לבחינה, או לייחס משקל רב יותר לשיקול זה או אחר על פני חברו,²¹ בבחינתו האם השימוש "הוגן". במסגרת רשימת שיקולי סעיף 19(ב) מנויים מפורשות השיקולים הבאים (ראו בהרחבה בהמשך): מטרת השימוש ואופיו; אופי היצירה שבה נעשה השימוש; היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה, והשפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה. מבחן משנה נוסף הוא היותו של השימוש "שימוש טרנספורמטיבי": האם השימוש יוצר ביטוי חדש, משמעות חדשה או מסר חדש.²² בפסיקה נוספה פעמים רבות גם דרישה של מתן קרדיט ראוי ליוצר, כתנאי להכרה בשימוש הוגן. בנוסף, גם הפעלת מנגנון של "הודעה והסרה", וטיפול מידי בתלונות לעניין תוכן שנטען כי הוא מפר בסמוך לאחר קבלת הודעה על אודות ההפרה הנטענת, עשויים לסייע כטענת הגנה או כעילה להפחתת הפיצוי ללא הוכחת נזק כדי מינימום.²³ יצוין, כי השאלה האם מדובר בשימוש הוגן אם לאו תיבחן ותוכרע לאחר מעשה, בבית המשפט, לפי נסיבותיו הפרטניות של כל מקרה ומקרה. בהמשך לכך יצוין, כי עם הזמן צפוי, כי יגיעו מקרים קונקרטיים רבים יותר לפתחם של בתי המשפט, אשר יכריעו בהם, וכך תהיה ודאות רבה יותר בעניין זה. במקרים שטרם הוכרעו על-ידי הפסיקה, יש לנהוג לפי האמור במסמך זה.

4.3 **כללי אצבע לבחינה האם השימוש המבוקש הוא שימוש הוגן**: יצוין ראשית, כי יצירות קוליות (דוגמת שירים) או אור-קוליות (דוגמת סרטים, סרטונים וכדומה) עשויות לגלם בתוכן גם זכויות מבצעים (אלה הן זכויות האומן אשר מבצע במשחק, בשירה, בנגינה, במחול או בדרך אחרת, יצירה ספרותית, אמנותית, דרמטית או מוסיקלית), שהן זכויות נפרדות המעוגנות בחוק זכויות מבצעים ומשדרים, תשמ"ד-1984, ולכן במקרה שבו נדרש שימוש ביצירות כאלה אשר אינו נעשה בהרשאה או אינו מותר בהתאם להנחיה זו, ניתן לפנות למחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) במשרד המשפטים לצורך בחינת העניין. יש לבחון את מטרת השימוש בהתאם לסעיף 19(א) לחוק זכות יוצרים, תוך שימת הלב לכך שהסעיף גמיש ויכול לכלול שימושים למטרות שונות. הסעיף כולל רשימה פתוחה, לפיה שימוש הוגן ביצירה הוא שימוש למטרות **בגון**: לימוד עצמי, מחקר, ביקורת, סקירה, דיווח עיתונאי, הבאת

²⁰ יצוין, כי סעיפי השימושים המותרים מפרטים טענות חלופיות – כלומר, תחולתו או אי-תחולתו של אחד מהשימושים המותרים על העניין, אינו מוציא את אפשרות תחולתו של שימוש מותר אחר: יתכן שפעולה מסוימת לא תחסה בגדר חריג הספציפי אך כן תחסה תחת החריג של שימוש הוגן.

²¹ גרינמן, בעמודים 407-409.

²² גרינמן, בעמודים 445-446.

²³ ראו סעיף 56(8) לחוק זכות יוצרים.

מובאות, והוראה ובחינה על ידי מוסד חינוך. בנוסף, יש לבחון את תנאי סעיף 19(ב) לחוק זכות יוצרים. **כללי אצבע לבחינת תנאי סעיף 19(ב):**²⁴

4.3.1 **מטרת השימוש ואופיו**²⁵ – יש לבחון שלושה יסודות:

4.3.1.1 **מטרת השימוש** – האם יש חשיבות חברתית או ציבורית בשימוש? מענה בחיוב ישמש כשיקול התומך בטענת השימוש ההוגן.

4.3.1.2 **אופי השימוש**:

• **האם השימוש מסחרי** – לרבות השאלה האם השימוש מכניס כסף או חוסך בעלויות למדינה? מענה בחיוב ישמש כשיקול נגד הכרה בשימוש הוגן, אולם אין הדבר מהווה סוף פסוק או סותם את הגולל על טענת השימוש ההוגן.

• **תרומתו של השימוש לקידום ערכים אחרים החשובים לחברה** – שימוש ביצירה כדי לקדם ערכים רצויים מבחינה חברתית ישמש כשיקול התומך בקבלת טענת השימוש ההוגן, אולם רק במצב שבו קיים קשר בין השימוש ביצירה הספציפית לבין קידום המטרות הנטענות (כלומר, היצירה בה נעשה שימוש צריכה להיות קשורה לשימוש עצמו). במסגרת זו יש לבחון האם השימוש מביא תועלת כלכלית למשתמש **וכן האם השימוש ביצירה משרת את המטרה, או שהיה ניתן להשיגה בדרך אחרת**. למשל, ביקורת על צילום או ציור מחייבת שימוש בציור הספציפי עצמו, שאם לא כן לא ניתן יהיה לבצע את הביקורת. לעומת זאת, העתקות אותו ציור לאתר האינטרנט כקישוט, על מנת להפוך את האתר ליותר מושך לעין, אינו מחייב שימוש בציור הספציפי עצמו, ולכן יש להימנע מכך ולהשתמש במקום זאת בציור המצוי בנחלת הכלל או שיש רישיון להשתמש בו.

4.3.1.3 **שימוש טרנספורמטיבי** – האם השימוש יוצר בעצמו מוצר או ביטוי חדשים, בעלי אופי ותכלית שונים מהיצירה המקורית? ככל שכן, תגבר הנטייה להכיר בשימוש כהוגן. למשל, שימוש ביצירות דוגמת ציורים או צילומים בפורמט מוקטן (thumbnail) כחלק מפעולת שרת שמטרתו לאתר ציורים וצילומים אלה.

4.3.2 **אופי היצירה שבה נעשה השימוש**²⁶:

4.3.2.1 **מידת היצירתיות ביצירה בה משתמשים** – ככל שהיצירה היא בעיקר עובדתית או שימושית, הכף תיטה יותר להכרה בשימוש הוגן.

4.3.2.2 **פרסום היצירה שבה משתמשים על-ידי היוצר המקורי טרם השימוש** – למשל, האם היצירה שבה עושים שימוש כבר הועלתה לאינטרנט? וכדומה – מענה בחיוב ישמש כשיקול התומך בטענת השימוש ההוגן.

4.3.2.3 **האם היצירה יתומה?** – **"יצירות יתומות"** הן יצירות שזהות בעל זכות היוצרים בהן אינה ידועה, גם לאחר שהושקעו מאמצים סבירים לאיתורו (יש לשמור תיעוד לכך, ויודגש שניתן כי היוצר אינו תמיד בעל זכות היוצרים). לגבי יצירות כאלה, כל עוד זהות בעל זכות היוצרים אינה ידועה – ומכאן שלא ניתן לקבל את רשותו לשימוש, הרי שהדבר ישפיע על ניתוח מבחני השימוש ההוגן. אם זהותו של בעל זכות היוצרים

²⁴ להרחבה ראו גרינמן, בפרק 6.15; אפורי תחת "סעיף 19".

²⁵ סעיף 19(ב)(1) לחוק זכות יוצרים.

²⁶ סעיף 19(ב)(2) לחוק זכות יוצרים.

מתבררת בדיעבד, היצירה כבר אינה בגדר "יצירה יתומה" ויש לבחון מחדש את התקיימות תנאי השימוש ההוגן. בנוסף, יש לציין לגבי היצירה היתומה את האמור בסעיף 2.1.3.1(א) לעיל תחת הכותרת "יצירות יתומות".

4.3.3 היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה²⁷ – הדגש הוא על השיקול האיכותי (ולא הכמותי), אך ברוב המקרים העתקה מלאה ומדויקת של היצירה עלולה לשלול את ההכרה בשימוש כהוגן. כך גם לגבי העתקת "לב" היצירה מבחינה איכותית. אולם, ישנם מקרים שבהם מהות היצירה אינה מאפשרת העתקה חלקית של היצירה. כך למשל, ביצירות צילום, במרבית המקרים מתחייבת העתקה של היצירה במלואה. במקרים אלו, משקלו של מבחן זה יפחת, וינתן משקל רב יותר ליתר המבחנים. העניין יבחן גם לאור השאלה האם היקף ההעתקה היה דרוש לצורך השימוש. יש לשים לב, כי המבחן מתייחס להיקף השימוש ביחס ליצירה בה נעשה השימוש, ולא להיקף השימוש ביצירה בשלמותה. המבחן מתמקד בשאלה "כמה" מהיצירה שבה נעשה השימוש נלקח. המבחן אדיש לשאלה כמה הוטמעה היצירה שבה נעשה שימוש. למשל, אם הועתק סיפור קצר בשלמותו, אין חשיבות, לעניין מבחן זה, לכך שהוא הועתק לתוך אתר המכיל עוד עשרות או מאות סיפורים קצרים, והדגש יושם על כך שהיצירה (הסיפור הקצר) ניטלה בשלמותה.

4.3.4 השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה²⁸ – האם השימוש שנעשה ביצירה פונה אל אותו שוק שאליו פונה היצירה המקורית ומהווה תחליף לה? ככל שכן, הדבר יהווה שיקול כנגד הכרה בשימוש הוגן.

יצוין, כאמור, כי כל הנ"ל הן דוגמאות, ובסופו של דבר בית המשפט הוא שיקבע האם מדובר בשימוש הוגן. עם זאת, פעולה בהתאם לעקרונות שהובאו לעיל ויובאו מיד להלן, תקטין את הסיכון לכך ותמזער את החשיפה הן מבחינת הצלחת התביעה והן מבחינת הפיצויים.

4.4 בכל מקרה, יש להקפיד על הכללים הבאים:

4.4.1 כיבוד הזכות המוסרית של היוצר לקרדיט – יצוין, כי על אף שהעמדה היא כי אין מדובר בתנאי רלוונטי לצורך בחינת שימוש הוגן,²⁹ בפועל בתי המשפט דחו לרוב את טענת השימוש ההוגן כאשר לא ניתן קרדיט ליוצר המקורי, ולפיכך ההנחיה היא להקפיד על מתן קרדיט: ציון שמו של היוצר בסמוך ליצירה (ככל שהיוצר ידוע) (ראו לעניין זה גם את סעיף 2.1.3.1 לעיל). בנוסף, ככל שהדבר ישים, יתכן שציון שם הפלטפורמה ממנה נלקחה היצירה (אתר אינטרנט זה או אחר, למשל) תסייע גם היא לטענה כי מדובר בשימוש הוגן. עוד יצוין, כי לגבי יצירות יתומות, וכל עוד זהותו של היוצר לא נתגלתה, אין צורך לציין מיהו היוצר, אלא יש לציין את האמור בסעיף 2.1.3.1(א) תחת הכותרת "יצירות יתומות".

4.4.2 הפעלת מנגנון של "הודעה והסרה" – בהקשר של רשת האינטרנט, מייחסים בתי המשפט משקל לקיומו של מנגנון כזה על-ידי בעל אתר, כשיקול לטובת הכרה בשימוש הוגן. על כן, יש להציב כתובת דואר אלקטרוני ייעודית לעניין בכל אתר רלוונטי, אליה יכול לפנות כל אדם בטענה כי ישנו חומר המפר את זכויותיו באתר, וכן לטפל בתלונות אלה, ככל שתוגשנה, באופן מידי

²⁷ סעיף 19(ב)(3) לחוק זכות יוצרים.

²⁸ סעיף 19(ב)(4).

²⁹ מדובר בערבוב מין בשאינו מינו – הכנסת דרישות הקשורות לזכות המוסרית לתוך חריגים לזכות היוצרים הכלכלית. בנוסף, החוק עצמו אינו קובע זכות מוסרית אבסולוטית אלא זכות התלויה בהיקף ובמידה הראויים בנסיבות העניין.

בסמוך לקבלת הודעה על כך. פעולה כאמור מחזקת את הטענה, כי בעל האתר פעל בתום לב ולכן נהנה מהגנת השימוש ההוגן. כל זאת, בתנאי שהוא אינו מעודד הפרת זכויות יוצרים. יצוין כי מנגנון זה בדרך כלל מיושם לעניין העלאת תוכן מפר לאתר על-ידי צד ג', אולם ההנחיה היא ליישם אותו באופן כללי, הן מאחר שעלותו אינה גבוהה, והן מאחר שהדבר עשוי לסייע במקרים של טענות להפרה.

4.5 דוגמאות – יישום הכללים המפורטים לעיל לגבי שימושים ספציפיים – במקרים בהם יש אינטרס

ציבורי בעשיית שימוש בתכנים מוגנים שאין בהם רישיון שימוש, באופן כללי ניתן לומר, כי:

4.5.1 ככלל, יצירת **סיכום קצר** או **תמצית קצרה** של כתבה עיתונאית, לא תהווה הפרה של זכות היוצרים בכתבה העיתונאית, או לכל הפחות תהווה שימוש הוגן. בנוסף, גם **ציטוטים קצרים או מובאות** מתוך הכתבות עצמן יהוו במרבית המקרים שימוש הוגן. כאמור להלן, יש תמיד להעניק קרדיט שיכלול את שמות הכותבים ואת מקום פרסום הכתבה (למשל: אתר או עיתון זה או אחר), ובמידת האפשר לצרף קישור לכתבה המלאה.

4.5.2 שימוש למטרות הסברה – לעניין שימוש למטרות הסברה, יש להבחין בין כמה מצבים:

4.5.2.1 מצבים בהם הפעילות ההסברתית מתייחסת ליצירה עצמה – כך למשל במקרים של

פרסום תכנים בטענה כי הם מתארים מצב שאינו משקף את המציאות (למשל: נטען שבתצלום מופיע חייל צה"ל והדבר אינו נכון; נטען שהתצלום צולם מיד לאחר שהצבא ביצע פעולה מסוימת ואילו בפועל הצבא כלל לא היה באזור; מדובר בתצלום שבזמן בידי צד שלישי ונטען על ידי אותו גורם כי הוא משקף פעילות של המדינה; בנאום מדיני שהוצא מהקשרו – בין אם הוא בכתב או בקובץ שמע, וכיוצא בזה) – במצבים כאלה, השימוש קרוב מאוד ואולי אף כלול מפורשות בסוגי השימושים בהם מכיר סעיף 19: ביקורת, סקירה או מעין דיווח³⁰ (הגם שאינו עיתונאי) ואף הבאת מובאה. לעניין יישום מבחני המשנה: (1) מטרת השימוש ואופיו – השימוש אינו מסחרי ומקדם ערכים החשובים לחברה, לא כל שכן לחברה דמוקרטית, ולחופש המידע של הציבור. ניתן לראות בשימוש גם כשימוש טרנספורמטיבי, משום שתחת פעולות תעמולה, נעשה ביצירה שימוש לביקורת; המטרה העיקרית של פרסום היצירה היא לשם העמדת עובדות על דיוקן, או ביקורת על היצירה, וכדומה. זאת, במטרה להביא את ה"הטעיה" לידיעת הציבור הרחב כ"דיווח חירום", שיש לפרסמו ללא דיחוי;³¹ (2) אופי היצירה שבה נעשה השימוש – לעניין מידת היצירתיות ביצירה, גם ככל שמדובר ביצירה שהושקעה בה יצירתיות רבה, הרי שככל שמטרת השימוש קשורה ליצירה עצמה, והשימוש הוא כדי להגשים את המטרות שתוארו לעיל, אזי השימוש בה עשוי להיות הוגן; (3) היקף השימוש, מבחינה איכותית וכמותית, ביחס ליצירה בשלמותה – במקרה של ביקורת על תצלום, למשל, אין אפשרות להשתמש בפחות ממלוא היצירה. בנסיבות אלה יתכן שגם לגבי יצירות נוספות אין אפשרות להשתמש רק בחלקן – למשל – סרטון שמציג חיילי צה"ל, והטענה היא שאין מדובר בחיילי צה"ל; (4) השפעת השימוש על ערכה של היצירה ועל השוק הפוטנציאלי שלה – דומה שהשווקים הפוטנציאליים

³⁰ יצוין כי בנוגע לדיווח עיתונאי, עשויים לחול כללים שונים משום שישנה חשיבות במיידיות הדיווח ואולי גם בלעדיותו (גרינמן, עמודים 422-424), אולם נראה שאין זה המקרה שבפנינו.

³¹ ראו ת"א (שלום ראשלי"צ) 48263-11-13 רונן נ' עמותת "תנו לחיות לחיות" (פורסם באר"ש, 5.1.2016).

שונים, וגם אם הם זהים, הרי השימוש לא משפיע על ערכה של היצירה אלא על המשמעות שלה בעיני הציבור. גם אם השימוש משפיע על ערכה הכלכלי של היצירה – למשל, מטרת היצירה היא הטעיית הציבור, ופרסום ההתייחסות מפריך את מה שהיא משקפת, הרי שהדבר מוצדק ונראה שלא ישלול את טענת השימוש ההוגן. יש כאן משום שימוש טרנספורמטיבי, כאמור לעיל. **על כן, ניתן לעשות שימוש זה.**

4.5.2.2 מצבים שבהם הפעילות הסברתית קשורה ליצירה – למשל, כאשר היצירה מובאת כדוגמה לפעילות המתרחשת באזורים שלמשרד הממשלתי הרלוונטי אין גישה או נגישות אליהם באופן סביר (למשל, צילומים של פעילות אנטי-ישראלית או אנטי-יהודית במיקום אשר לישראלים אין אליו גישה), והשימוש הוא דיווח, או פעולה דומה, לגבי פעילות זו – שימוש מסוג זה יהיה בדרך כלל שימוש הוגן **ועל כן ניתן לעשותו.**

4.5.2.3 מצבים שבהם היצירה אינה קשורה ישירות לפעילות ההסברתית – כך למשל, שימוש ביצירות כ"קישוט" למצגות או לתכנים שמפרסמים משרדי הממשלה, ככל שאין צורך של ממש בפרסום התצלום כדי להעביר את המסר (לדוגמה, הוספת צילומים של אישים למצגות שעוסקות בפעילותם של אישים אלה, כאשר הצילומים אינם עומדים בתנאים הקבועים מעלה בסעיפים 4.5.2.1 או 4.5.2.2, אלא רק נועדו להוסיף עניין למצגת ולא נועדו בעצמם להציג את המתואר במצגת) – במקרה כזה למעשה השימוש ביצירה אינו מחויב על-מנת להשיג את מטרת הפעילות ההסברתית, אך הוא מוסיף עניין למסר ההסברתי, שאינו תלוי במסר עצמו. מקרה זה הוא הקשה ביותר מבחינת שימוש הוגן, משום שלכאורה אין קשר בין היצירה עצמה לבין המטרה או מהות השימוש. במקרים כאלה, ההנחיה היא **לבחון חלופות** לשימוש בתצלומים המוגנים בזכות יוצרים (למשל, שימוש בתצלומים אחרים שבהם יש למשרד רישיון שימוש כאמור לעיל או תצלומים שההגנה עליהם פקעה), ולחלופין להעדיף רכישת רישיון שימוש ביצירה הספציפית בהתאם לאמור להלן, במידת האפשר, ושימוש ביצירות בהתאם לרישיונות ובהתאם לאמור במסמך זה.

4.6 **סיכום – בכל ביצוע שימוש ביצירה מוגנת ללא רשותו של היוצר, שבו מבקשים להסתמך על טענת השימוש ההוגן (כלומר – מדובר בשימוש שאינו נכנס בגדר הפעולות שתוארו לעיל כמותרות) יש להקפיד על הכללים הבאים:**

- א. **מטרה** – השימוש נעשה לצורך מטרות כגון אלה המנויות בסעיף 19 לחוק זכות יוצרים, וקיים קשר בין השימוש ביצירה לבין המטרה, כמפורט לעיל בסעיף 4.3.1.2.
- ב. **היקף השימוש ביצירות** – השימוש ביצירה ייעשה בהיקף ובמידה הדרושים להשגת המטרה, בלבד. לעתים יהיה צורך לעשות שימוש רק בחלק מהיצירה ולעתים ביצירה בשלמותה, בהתאם לנסיבות שתוארו לעיל. בכל מקרה, יש להקפיד על כך שכאשר נעשה שימוש ביצירה, ישנו קשר מהותי בין השימוש בה לבין המטרה המתבקשת, וראו בסעיפים 4.3.1.2 ו-4.3.3.
- ג. **פרסומה של היצירה טרם עשיית השימוש** – יש לוודא כי היצירה פורסמה – ראו סעיף 4.3.2.2.
- ד. **ככל שמדובר ב"יצירה יתומה"** – לאחר שנעשו מאמצים סבירים, שתועדו, למציאת בעל זכות היוצרים והוא לא נמצא, ורק כל עוד בעל זכות היוצרים לא נמצא, הנטייה תהיה להכרה בשימוש מותר בהקשר זה - ראו סעיף 4.3.2.3.

ה. **אופי השימוש ביצירה** – ככל שהשימוש טרנספורמטיבי יותר, הכף תיטה לכיוון הכרה בשימוש הוגן – ראו סעיף 4.3.1.3.

ו. **קרדיט** – על כל יצירה שנעשה בה שימוש להיות מלווה בציון שמו של היוצר כאמור בסעיף 4.4.1, אם שמו של היוצר ניתן לאיתור באופן סביר. במקרים של יצירה מתורגמת, יש לציין גם את שם המתרגם. בנוסף לכך, כאשר היצירה נלקחה מתוך פלטפורמה זו או אחרת יש לציין גם את הפלטפורמה (למשל, צילום שנלקח מאתר אינטרנט – יש לציין את שם הצלם ושם האתר; כתבה בעיתון – יש לציין את שם הכתב ואת שם העיתון וכדומה), וכן להפנות בקישור למקום ברשת בו נמצאת היצירה ככל שהדבר אפשרי במגבלות המדיום שבו נעשה השימוש.

5. הנחיות לעניין רכישת מאגרי תוכן בידי משרדי הממשלה

ברכישת מאגרי תוכן, יש להקפיד על הכללים הבאים:

א. עריכת הסכם בכתב;

ב. התחייבותו של בעל המאגר בכתב כי הוא בעל זכות היוצרים בתכנים שבמאגר או בעל רישיון מתאים להרשאת השימוש בהם;

ג. התחייבותו של בעל המאגר לשפות את המדינה ככל שהמדינה תיתבע בשל שימוש בתכנים המצויים במאגר, לרבות בכל מקרה שהצהרתו לעיל תתברר כלא נכונה;

ד. כאמור לעיל, כאשר נעשה שימוש ביצירות המצויות במאגרי התוכן, יש להקפיד על ציון שם היוצר בסמוך לתוכן, וככל שכך דורשים תנאי השימוש – גם שם המאגר; יש לפעול לפי רישיון השימוש שמקנה המאגר; יש לשמור תמיד תיעוד של התוכן הרלוונטי מתוך המאגר, כאמור לעיל.

ה. יודגש, כי רישיונות שימוש של מאגרים שונים קובעים כללים שונים לשימוש ביצירות, והם אף מוענקים לפרקי זמן שונים: רישיון עשוי להיות לשימוש חד-פעמי למטרה מסוימת, בכפוף לחידוש תקופתי, לנצח, או כל אפשרות אחרת. יש להקפיד על שימוש אך ורק לפי התנאים המנויים ברישיון ובזמנים המנויים בו, אלא אם כן השימוש מותר לפי כלל אחר המנוי בהנחיה זו.

6. כאמור לעיל, בכל שאלה, נקודתית או כללית, ניתן לפנות לאשכול קניין רוחני במחלקת ייעוץ וחקיקה (משפט אזרחי) במשרד המשפטים.