

מדינת ישראל¹

משרד המשפטים

מחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי)

5 יולי 2016

כ"ט סיוון תשע"ו

שלום רב,

הנדון: היחס בין שימושים מותרים לפי חוק זכות יוצרים, לבין תניות בחוזה אחיד האוסרות שימושים אלה

חוק זכות יוצרים, התשס"ח-2007 (להלן: **החוק** או **חוק זכות יוצרים**) מאפשר עשיית שימושים מותרים מסוימים ביצירה המוגנת בזכות יוצרים.¹
לפי סעיף 18 לאותו חוק:

"על אף הוראות סעיף 11, עשיית הפעולות המפורטות בסעיפים 19 עד 30 מותרת בתנאים המפורטים באותם סעיפים ולשם השגת המטרות המפורטות בהם, אף בלא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים ובלא תשלום תמורה, ולעניין הפעולות המפורטות בסעיף 32 – בתמורה ובהתאם להוראות אותו סעיף."

כלומר, השימושים המנויים בסעיפים 19 עד 32 לחוק זכות יוצרים (לרבות שימוש הוגן) מותרים אף בלא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים ובלא תשלום תמורה, והכל בתנאים המנויים בהם.
לאחרונה הובאה לפתחנו השאלה, מהי מעמדה של תניה המנוגדת לשימושים המותרים הקבועים בחוק או האוסרים שימושים אלה, ברישיון השימוש ביצירה. שאלה הנגזרת משאלה כללית זו, היא האם סעיפי השימושים המותרים הם סעיפים קוגנטיים, שאז לא ניתן להתנות עליהם כלל, או שמא מדובר בסעיפים דיספוזיטיביים. איננו רואים צורך להכריע בשאלה זו במסגרת נייר זה.²

רישיונות שימוש – כללי

רישיון שימוש הוא חוזה לכל דבר ועניין בין בעל זכות היוצרים לבין מקבל הרישיון. יודגש, כי יש שרישיון שימוש יהיה פרטני, ויוענק למשתמש אד-הוק, לאחר ניהול משא ומתן והגעה להסכמות מול המשתמש וכולי, ויש שרישיון שימוש יהיה רישיון בנוסח שנקבע מראש בידי בעל זכות היוצרים – במקרים רבים המצורף ליצירה והניתן לקריאה

¹ ר' פרק ד' לחוק זכות יוצרים.

² עם זאת, יצוין כי בדין הישראלי אין תשובה מוחלטת לשאלה זו והדעות בספרות האקדמית בנושא זה חלוקות. כך, ישנן ישנן עמדות בספרות הגורסות כי הואיל והרציונל להגנה על השימושים המותרים הוא הצורך לשמור על אינטרסים ציבוריים במצבים בהם קיים כשל שוק, יש בסיס לטענה כי מדובר בזכויות קוגנטיות, כך שגם במקרים בהם קיים חוזה (שאינו חוזה אחיד) אשר משקף נכונה את רצונם של הצדדים הספציפיים לחוזה, הוא אינו משקף את ההפסד שנגרם לציבור כתוצאה מהגבלת השימוש ביצירה. על כן, במקרים מסוימים ניתן יהיה להוכיח כי רישיון שימוש אשר מגביל את זכותו של משתמש לעשות שימוש שהחוק מתיר לו נוגד את תקנת הציבור (ר': ניבה אלקין-קורן "זכויות משתמשים" **יוצרים זכויות – קריאות בחוק זכות יוצרים** 327, עמ' 374-375 (מיכאל בירנהק וגיא פסח, 2009). (להלן: **אלקין-קורן**); מנגד, ישנן דעות בספרות אשר סוברות כי לא ניתן להתייחס לכלל השימושים המותרים כאל מקשה אחת, מכיוון שהאינטרסים המוגנים באמצעות כל אחד מהסעיפים הוא שונה, כך שלא ניתן לקבוע איסור גורף על האפשרות להתנות על סעיפי השימושים המותרים, ובשל השוני בין הסעיפים השונים בית המשפט יידרש לפתח בזהירות, ממקרה למקרה, את העקרונות שלפיהם ייפסלו תנאים בחוזה המגבילים שימושים מותרים כאמור (ר': תמיר אפורי **חוק זכות יוצרים** עמ' 193-194 (2012) (להלן: **אפורי**)). יודגש כי טענות אלה מתייחסות, כולן, לחוזים שאינם חוזים אחידים.

רק לאחר רכישתה. על כן, מלבד דיני זכות היוצרים, יחולו על רישיון השימוש ביצירה גם דיני החוזים³ וכן דיני החוזים האחידים, והכל במקרים המתאימים.⁴ יודגש, כי חוות דעת זו עוסקת בתניות בחוזה אחיד, ולא בחוזים אחרים.⁵

חוזה אחיד והיחס בין תניותיו לבין סעיפי השימושים המותרים

חוק החוזים האחידים, התשמ"ג-1982 (להלן: **חוק החוזים האחידים**), מגדיר "חוזה אחיד" מהו בסעיף 2 לו, כך: "חוזה אחיד" – נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם" מלומדים מחדדים ומוסיפים כי יש להבחין בין חוזה שאינו חוזה אחיד, כאשר ההנחה היא שהוא משקף בצורה יותר מדויקת את רצונם של הצדדים לחוזה, ומניח את קיומו של משא ומתן גם אם אין שוויון מוחלט בין הצדדים לחוזה, לבין חוזה אחיד אשר תנאיו נקבעו מראש על ידי צד אחד לצורך התקשרויות רבות, מבלי לקיים משא ומתן בין הצדדים. לגבי חוזה אחרון זה, נקודת המוצא היא כי אין שוויון בין הצדדים.⁶ לטעמנו, תניה בחוזה אחיד כהגדרתו לעיל, האוסרת על שימוש מותר כמשמעותו בחוק זכות יוצרים, היא תניה מקפחת, ועל כן ניתנת לביטול ביחס לשימושים המותרים הרלוונטיים, מכוח חוק החוזים האחידים. זאת, לפי סעיף 3 לחוק החוזים האחידים, הקובע כי:

"בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".

נבחר את עמדתנו.

ראשית, ידועה ההנחה כי הסעיפים בחוק, גם אם הם דיספוזיטיביים, כבר מגלמים איזון שהמחוקק מצא לנכון לקבוע, ולכן סטייה מהעקרונות הקבועים בהם מחייבת הצדקה.⁷ לטעמנו, הדבר זוכה למשנה תוקף כאשר מדובר בתנאי האוסר על עשיית שימושים מותרים ביצירה, במפורש או במשתמע, במסגרת חוזה אחיד: כזכור, סעיף 18 לחוק זכות יוצרים קובע כי השימושים המותרים – מותרים הם גם בלא קבלת הסכמה מאת בעל זכות היוצרים ובלא תשלום תמורה. קביעה של בעל הזכות, במסגרת חוזה אחיד, לפיה שימוש מותר הוא אסור, תחייב משא ומתן של המשתמש שמבקש לעשות שימוש מותר מול בעל הזכות, ותחתור תחת תכליותיהם של סעיפי השימושים המותרים (שלא לומר תאיין אותן מכל וכל) משום שבעל הזכות יוכל להביא, באמצעות שורה של חוזים אחידים, לכך שלעולם לא יתכן עוד שימוש מותר שלא בהסכמתו ושלא בתשלום. יודגש, כי אין באמור לעיל כדי להביע עמדה בשאלת איסור עשיית השימושים המותרים במסגרת חוזה שאינו אחיד – כלומר, שגובש בהסכמה בין הצדדים לו.⁸

³ טוני גרינמן **זכויות יוצרים** עמ' 555 (מהדורה שנייה, 2008) (להלן – **גרינמן**).

⁴ ר' לגבי עניינים שאינם מוסדרים במסגרת דיני הקניין הרוחני גם ע"א 10717/05 **פלוריסט דה קוואקל ב.וו ואח' נ' חג'ג ואח'** (לא פורסם, 3.9.2013) בפסקה 41.

⁵ יובהר, כי דיני החוזים האחידים עשויים לחול גם במקרים שבהם מנוהל מו"מ פרטני וגם אם מדובר בחוזה פרטני – במקרים שבהם על התניה שבמחלוקת לא נוהל מו"מ (למשל, אם נוהל מו"מ על חלק מסעיפי החוזה אך לא על כולם). במקרים כאלה, דיני החוזים האחידים עשויים לחול על התניות החוזיות שלגביהן לא נוהל מו"מ.

⁶ ורדה לוטסהווי, טנה שפניץ **חוזים אחידים** עמ' 42 (התשנ"ד-1994) (להלן – **לוטסהווי ושפניץ**).

⁷ יש להביא בחשבון כי סעיפי השימושים המותרים הם סעיפים שהמחוקק ביקש מפורשות להתיר "אף בלא קבלת רשות מבעל זכות היוצרים ובלא תשלום תמורה". בנוסף, בספרות צוין כי כאשר מדובר בתנאי שסוטה מהוראה הקבועה בדין אין צורך לדרוש מהלקוח (ובמקרה זה – המשתמש) להוכיח כי הסטייה היא בלתי סבירה שכן כל סטייה מהוראות חוק דיספוזיטיביות נחשבת כבלתי סבירה לכאורה, ותוחזק תמיד כתנאי מקפח לכאורה, מכיוון שמדובר בהוראות שהמחוקק קבע שמטרתן היא להשלים את הסכמת הצדדים (לוטסהווי ושפניץ, בעמ' 83).

⁸ גם בספרות צוין כי לגבי חוזה שאינו חוזה אחיד, לאור עקרון חופש החוזים מתבקשת לכאורה המסקנה כי כפי שבעל זכות יוצרים רשאי לוותר על זכות היוצרים שלו ואף על זכותו המוסרית, רשאי המשתמש לוותר על זכותו לעשות ביצירה שימוש מסוים, שאלמלא אותו ויתור

שנית, לעניין זה לא מצאנו להבחין בין שימושים מותרים מסוגים שונים. השימושים המותרים בחוק זכות יוצרים מגלמים תכליות אשר אמנם שונות הן זו מזו, אך כולן תכליות ציבוריות. ככלל, דיני זכות היוצרים ודיני הקניין הרוחני בכלל, גודרים באופן ברור את היקף תחולתם, וכנגזרת מכך מה מצוי בנחלת הפרט (כלומר, מוגן באמצעות דיני הקניין הרוחני) ומה מצוי ב"נחלת הכלל" וחופשי לכל שימוש.⁹ דיני זכות היוצרים, למשל, מבהירים כי אובייקטים מסוימים לא יהיו זכאים להגנת זכות יוצרים (למשל – עובדות, נתונים, חדשות היום וכד');¹⁰ הם מבהירים אלו פעולות רשאי בעל זכות היוצרים בלבד לבצע ביצירה ולהתיר לאחרים לבצע¹¹ – ומתוך כך מבהירים גם אילו פעולות מותרות לכל אדם ללא הסכמת בעל זכות היוצרים;¹² הם מונים רשימה של שימושים שכל אדם רשאי לעשותם ללא הסכמת בעל זכות היוצרים וללא תשלום תמורה – זוהי רשימת השימושים המותרים. דיני זכות היוצרים מבוססים על איזון בין מתן תמריץ ליצור יצירה חדשה באמצעות מתן מונופול לבעל זכות היוצרים לעשות פעולות ביצירה, לבין הענקת אפשרות לציבור לעשות פעולות ביצירה, באמצעות חריגים למונופול כאמור, והכול לשם השגת מטרות כגון קידום התרבות, הידע, חופש הביטוי וכן קידום היצירה החדשה.¹³ לאחרונה, נוסף שימוש מותר שהתכלית הבסיסית שבעיקרו היא שוויון.¹⁴ לעמדתנו, לא ראוי כי חוזה אחיד, שנוסח כאמור בהגדרת חוק החוזים בידי צד אחד, שבעניינו הוא בעל מונופול ביצירתו, ימנע שימוש מותר לפי חוק החוזים האחידים. משכך, אנו סבורים כי תניה בחוזה אחיד כהגדרתו לעיל, האוסרת על שימוש מותר כמשמעותו בחוק זכות יוצרים, היא תניה מקפחת, ועל כן ניתנת לביטול ביחס לשימושים המותרים הרלוונטיים, מכוח סעיף 3 לחוק החוזים האחידים.

יודגש, כי עמדתנו זו מתייחסת אך ורק לשימושים העומדים בתנאי סעיפי השימושים המותרים. ככל שמדובר בשימוש שאינו עומד בתנאים אלה – יש לפעול לפי רישיון השימוש. בנוסף יוזכר כי עמדתנו מתייחסת לחוזים אחידים, בלבד. כאשר אין מדובר בחוזה אחיד, יש לפעול לפי תנאי השימוש או לפנות למחלקת ייעוץ וחקיקה (אזרחי) להיוועצות.

סיכום ודוגמה

עמדתנו היא כי משרדי הממשלה המבקשים לבצע שימוש העומד בתנאי אחד מהשימושים המותרים לפי סעיף ד' לחוק זכות יוצרים, רשאים לעשותו אף אם תניה בחוזה אחיד אוסרת על שימוש כאמור. במקרה כזה, אין צורך לקבל הסכמה פרטנית או נוספת מאת בעל זכות היוצרים. להלן תובא דוגמה ספציפית להמחשה של סעיף שימוש מותר לדוגמה, ותניה לדוגמה האוסרת את עשייתו. סעיף 29 לחוק קובע כי ביצוע פומבי של יצירה מותר בהתקיים כל התנאים המצטברים הבאים: הביצוע הפומבי נעשה במהלך פעילותו החינוכית של מוסד חינוך מסוג שקבע השר (ור' לעניין זה את תקנות זכות יוצרים (ביצוע פומבי במוסדות חינוך), תש"ע-2010); על ידי העובדים במוסד החינוך או על ידי התלמידים הלומדים בו; הביצוע הפומבי הוא לפני ציבור הכולל את העובדים או את התלמידים כאמור,

היה מותר על-פי חוק (ר' גרינמן, עמ' 333-334). כלומר, בחוזה שאינו אחיד בעל זכות יוצרים רשאי להעמיד את היצירה שלו לרשות הציבור בתנאים שיבחר.

עוד יצוין כי ישנם מלומדים הגורסים שלא כל תנאי שנוגד את השימושים המותרים ייחשב כתנאי מקפח, ויש לבחון את מהות התנאי בכל מקרה ומקרה, שהרי ייתכן שהתנאי בא להגן כל אינטרסים לגיטימיים של מנסח החוזה, כך שהוא מאזן בין האינטרסים של המשתמשים לבין עקרון חופש החוזים: גרינמן מציין לדוגמה מקרה של תוכנת מחשב שטרם הופצה לקהל הרחב ומועברת בין צדדים במהלך משא ומתן לשיתוף פעולה עסקי. במצב כזה, קוד המקור של התוכנה עשוי להיות בגדר סוד מסחרי בעל ערך כלכלי רב ותנאי בחוזה בין הצדדים, האוסר על מקבל התוכנה לבצע הנדסה חוזרת של התוכנה, בניגוד לסעיף 24 לחוק זכות יוצרים, יהיה מוצדק לטעמו. בנוסף, צוין, כי במקרים מסוימים ייתכן שתנאי בחוזה שאינו אחיד, השולל את תחולתם של שימושים מותרים, ייחשב כנוגד את תקנת הציבור לפי סעיף 30 לחוק החוזים, התשל"ג-1973 (גרינמן, עמ' 333-334).

⁹ ר' גם: ניבה אלקין-קורן, "על כלל ועל נחלת הכלל": מקניין רוחני לעשיית עושר ולא במשפט", עיוני משפט כה(1), 2001, 9.

¹⁰ סעיף 5 לחוק זכות יוצרים.

¹¹ סעיף 11 לחוק זכות יוצרים.

¹² פעולות עיון והשאלה, למשל, אינן נמנות על "אגד זכויות" בעל זכות היוצרים – כלומר, לבעל זכות היוצרים אין זכות למנוע פעולות אלה.

¹³ ר' דברי ההסבר להצעת חוק התאמת יצירות, ביצועים ושידורים לאנשים עם מוגבלות (תיקוני חקיקה), התשע"ד-2013, בעמ' 160.

¹⁴ שם, ור' גם סעיף 28 לחוק זכות יוצרים.

קרוביהם של התלמידים או אנשים אחרים הקשורים במישרין עם פעילותו של מוסד החינוך, בלבד; ולגבי הצגת יצירה קולנועית – רק אם הביצוע הפומבי נעשה למטרות הוראה או בחינה, על ידי מוסד החינוך. פעולה העומדת בכל התנאים הנ"ל היא מותרת לפי חוק זכות יוצרים. אולם, יצירות שונות נושאות על גביהן, בפורמטים שבהם הן נמכרות, תניות שונות שהן בגדר תניות בחוזה אחיד. כך למשל, תניה במסגרת תקליטור (די.וי.די) שנרכש ומופיעה בתחילת הסרט, ולפיה כל שימוש בסרט שאינו למטרות שימוש פרטי וביתי – אסור. תניה זו אוסרת למעשה על ביצוע פומבי במוסד חינוכי כאמור לעיל, למטרות הוראה ובחינה. במקרים כאלה, התניה היא תניה מקפחת ולכן ניתנת לביטול לפי דיני החוזים האחידים (ויודגש – רק לגבי השימושים העומדים בכלל תנאי הסעיף). על כן, לאור עמדתנו לפיה מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד, דרך הפעולה הסבירה במקרים אלה היא עשיית השימוש המותר, בלא צורך בקבלת הסכמה פרטנית לעשיית השימוש המותר. ככל שהעניין יגיע לפתחו של ביהמ"ש, אנו סבורים כי ייקבע שמדובר בתניה מקפחת, כפי שאכן נקבע בעבר במקרה דומה.¹⁵

¹⁵ כך אף נקבע בידי ביהמ"ש המחוזי, בקשר לאובייקטים שאינם זכאים להגנת זכות יוצרים (למשל – עובדות, נתונים, חדשות היום וכד') – ור' ה"ש 5 והטקסט הסמוך לה: "[חוק זכות יוצרים](#)" מעניק הגנה ליצירה רק מקום בו הדבר משרת את האינטרס של כלל החברה (עניין מעריב, בעמ' 17 בפסה"ד). קביעה מפורשת כי מידע מסוג מסוים מוחרג מתחולתו של החוק, משמעה כי יש להעדיף את אינטרס הציבור לעשות שימוש באותו מידע ללא מגבלה על פני אינטרסים אחרים. הטלת מגבלה על השימוש הלגיטימי במידע השייך לכלל, באמצעות הסכם שהינו למעשה חוזה אחיד, אינה יכולה לעמוד. " – ר' ה"פ (מחוזי מרכז) 11359-03-09 **ג'וב מאסטר בע"מ ואח' נ' אול יו ניד בע"מ** (לא פורסם, 28.12.1010).