

6.10 שימוש ביצירות שבעל זכות היוצרים בהן אינו ידוע או לא אותר ("יצירות יתומות")

סעיף 27 לחוק מאפשר שימוש ביצירות שבעל זכות היוצרים בהן אינו ידוע או לא אותר. הסעיף הוסף לחוק בינואר 2019 במסגרת תיקון מס' 5 והוא נועד לפתור את בעיית "היצירות היתומות": יצירות שאין להן אב או אם ידועים, או שהם ידועים, אך אי-אפשר לאתרם. לתופעת היצירה היתומה סיבות רבות. לעיתים הבעלות ביצירה עברה לידי יורשים שזהותם, מקום מגוריהם או פרטי ההתקשרות איתם אינם ידועים, או שפורק התאגיד שהיה בעל זכות היוצרים ביצירה, או חדל מלפעול ולא נודע מה נעשה בנכסיו. כמו כן יצירה יכולה להפוך ליתומה משום שאבדו במרוצת השנים מסמכים המוכיחים את שרשרת הבעלות עליה. התופעה הלכה והתרחבה ככל שתקופת זכות היוצרים הלכה והתארכה. ממדיה המדויקים אינם ידועים, אולם אליבא דכל ההערכות, מדובר בתופעה רחבת היקף.¹ זאת, אף על פי שעידן האינטרנט מספק כלים רבים יותר מבעבר שיש בהם כדי לסייע בגילוי בעל זכות היוצרים ובמאמצים לאתרם.

היותה של יצירה "יתומה" מסכל את האפשרות להשיג רישיון להשתמש בה שימוש חוקי, והדבר גורם לכך שיצירות רבות אינן מנוצלות ואינן ממלאות את ייעודן לקדם את התרבות ואת הידע האנושי. הקהילה הבין-לאומית ערה לבעיה זו, ואף הועלו הצעות אחדות לניסוח אמנה בין-לאומית שתספק לה פתרונות. מדינות רבות לא המתינו לאמנה כזו ויצרו הסדרים שונים המאפשרים שימוש ביצירות יתומות. אופי ההסדרים משתנה ממדינה למדינה. האיחוד האירופי חוקק דירקטיבה המאפשרת שימוש ביצירה יתומה למטרות ציבוריות, כגון שימור, והנגשה מוגבלת של יצירות בידי מוסדות כגון ארכיונים, מוסדות חינוך ומוזיאונים.² ישנן מדינות המאפשרות גם שימוש בידי אנשים פרטיים, וחלקן אף מאפשרות שימוש מסחרי ביצירה. זאת, בדרך כלל על פי היתר הניתן מראש בידי גורם רשמי או בידי תאגיד לניהול משותף של זכויות יוצרים, המוסמך לכך לפי הסדר לניהול משותף מורחב (extended collective licensing).³ כך למשל באנגליה המשרד לקניין רוחני מוסמך להעניק רישיונות לשימוש ביצירות יתומות בתנאים מסוימים.⁴ רישיונות השימוש מותנים בתשלום דמי רישיון שנקבעו בתקנות.⁵ אם בעל זכות היוצרים יופיע בתוך חמש שנים ממועד מתן הרישיון, הוא יהיה זכאי לדמי הרישיון. בדומה לכך, בקנדה מועצת זכויות היוצרים מוסמכת להתיר שימוש ביצירות במקרים שבהם אי-אפשר לאתר במאמצים סבירים את בעל זכות היוצרים.⁶ למועצת זכויות היוצרים שיקול דעת בקביעת תנאי הרישיון. בדרך כלל הוא יתנה בתשלום תמלוגים. אם בעל זכות היוצרים יופיע בתוך חמש שנים, הוא יהיה זכאי לתמלוגים.⁷ כמו כן מנוהל מרשם שבעזרתו ניתן להיווכח אילו רישיונות ניתנו לשימוש ביצירות יתומות. בארצות-הברית הועלו כמה הצעות לקבוע פטור מסוים מתשלום פיצויים בגין שימוש ביצירה יתומה ולאפשר דיגיטציה של יצירות מסוימות, לרבות יתומות.⁸ עם זאת, לעת עתה לא נחקקו כל הוראות בנושא.

סעיף 27 מכניס את ישראל למשפחה הולכת וגדלה של מדינות שאימצו הסדרי חקיקה המאפשרים שימוש זה או אחר ביצירות יתומות. הסעיף לא נכלל תחילה בהצעת החוק בעניין תיקון מס' 5.⁹ הוא הוסף בשלב מתקדם של הדיונים בוועדת הכלכלה של הכנסת, עם כמה הסדרים נוספים שנועדו להקל

¹ Report on Orphan Works, A Report of the Registrar of Copyrights, January 2006, <http://www.copyright.gov/orphan/orphan-report.pdf>

² Directive 2012/28/EU of 25 October 2012 of Certain Permitted Uses of Orphan Works, OJ L 299/5

³ לסקירת השיטות הנהוגות במדינות שונות, ראו את הדו"ח של רשמת זכויות היוצרים בארצות-הברית מ-2015: Orphan Works and Mass Digitization, A Report of the Registrar of Copyrights, June 2015: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works-2015.pdf> of Copyrights, June 2015: <https://www.copyright.gov/orphan/reports/orphan-works-2015.pdf> לנושא הניהול במשותף של זכויות יוצרים, ראו להלן פרק 16.

⁴ The Copyright and Rights in Performances (Licensing of Orphan Works) Regulations 2014 נקבע מחירון של דמי רישיון, והם מתונים למדי.

⁵ Copyright Act, 1985, s. 77. המועצה מוסמכת לקבוע את שיעור התמלוגים שישולמו, את הגוף שאליו ישולמו ואת מועד התשלום, ובעל זכות היוצרים רשאי לדרוש את התמלוגים, אם יופיע לפניה בתוך חמש שנים ממועד פקיעת הרישיון שניתן על ידי המועצה.

⁶ אם בעל הרישיון אינו מופיע בתוך פרק זמן זה, התמלוגים מוקדשים למטרה ראויה.

⁷ ראו את דו"ח רשמת זכויות היוצרים, לעיל ה"ש 181. הוצע כי מי שמשמש ביצירה יתומה לאחר שבעל זכות היוצרים לא אותר בחיפוש שבוצע בשקידה סבירה, יהיה חייב לשלם רק תמלוגים ראויים בגין השימוש. כמו כן הוצע כי במקרים מסוימים יהיה ניתן לפטור אותו גם מצו מניעה.

⁸ הצעת חוק זכות יוצרים (תיקון מס' 5) התשע"ט-2019.

בנסיבות מסוימות על המשתמשים ביצירות.¹⁰ משום כך הסעיף לא זכה לדיון ציבורי מעמיק וראוי. לכן, אף שעצם ההתמודדות עם הסוגיה ראוי ומבורך, לא ברור אם הסעיף כולל את כל האיזונים הנדרשים. הוא ללא ספק אחד ההיתרים הליברליים בסוגיה שקיימים כיום בעולם. עם זאת, הוא מותיר הן את בעל זכות היוצרים שעשוי להופיע ולגלות כי השתמשו ביצירתו הן את המשתמש במידה של חוסר ודאות. הסעיף יוצר שתי רמות של תנאים לשימוש ביצירה יתומה, החלים לפי העניין על שימוש בלתי מסחרי ביצירה יתומה ועל שימוש מסחרי בה.

סעיף קטן (א) קובע כי שימוש ביצירה שבעל זכות היוצרים בה אינו ידוע או לא אותר, מותר בתנאים אלה:

“(1) המשתמש פעל בשקידה סבירה לגילוי או לאיתור בעל זכות היוצרים ביצירה, לפי העניין, לפני השימוש;

(2) המשתמש ציין באופן ברור באותה דרך שבה הוא עושה שימוש ביצירה, כי השימוש נעשה על פי סעיף זה וכי בעל זכות יוצרים זכאי לבקש שהמשתמש יחדל מהשימוש וכן פרטים ליצירת קשר עמו;

(3) המשתמש הפסיק את השימוש או קיבל רישיון לשימוש עתידי לאחר שקיבל הודעה מבעל זכות היוצרים.”

הוראות אלה חלות על כל מי שמשתמש ביצירה יתומה. עם זאת, על שימוש מסחרי חלות הוראות נוספות.

אם כן, תנאי ראשוני לזכאות להיתר הוא חיפוש ובידור לצורך זיהוי בעל זכות היוצרים שאינו ידוע, ולאיתורו תוך שקידה סבירה. סעיף קטן (ג) מוסיף כי שקידה סבירה תיבחן בין השאר בהתחשב באופי היצירה ובמועד יצירתה. סביר שאמצעי החיפוש והבידור שיידרשו יהיו מקיפים ויסודיים יותר ככל שהיצירה תהיה לכאורה חדשה יותר, או בעלת ערך רב יותר או מגלמת יצירתיות או השקעה גבוהה יותר. כך האמצעים שיידרשו לבידור זהותו של בעל זכות יוצרים בסרט קולנוע ואיתורו יהיו מקיפים ויסודיים יותר מאלה שיידרשו לבידור זהותו של בעל זכות יוצרים במאמר קצר או בתצלום יחיד שהתפרסם בעילום שם, ולאיתורו. כמו כן, כאשר מדובר ביצירה שנראית חדשה יחסית, ניתן להניח שבעל זכות היוצרים עדיין בחיים. לכן יידרשו אמצעי חיפוש ואיתור מקיפים יותר מאלה שיידרשו כאשר מדובר ביצירה שככל הנראה מצויה בשלהי תקופת קיום זכויות היוצרים בה. סעיף קטן (ד) מסמיך את השר לקבוע בתקנות פעולות שייחשבו לשקידה סבירה לעניין זה. בעת כתיבת שורות אלה, משרד המשפטים שוקד על הכנת תקנות כאמור. יש לקוות שיותקנו בהקדם כדי לספק הנחיות הן למשתמשים הן לבתי משפט. הנחיות כאלה קיימות במקומות אחרים, ובהם למשל אנגליה שבה ההנחיות מותאמות לכל סוגי היצירות.¹¹ לפי ההנחיות שם, מלבד חיפוש עצמאי, יש לפנות גם לגורמים שיוכלו לסייע, כגון מו"לים, מפקים ומפיצים, איגודים מקצועיים ותאגידים לניהול משותף של זכויות יוצרים, ארכיונים וגורמים המוזכרים ברשימות המזקים (הקרדיטים) שעל עותקים של היצירה. כמו כן החוק האנגלי דורש מהמשתמש לתעד את החיפוש והבידור שבוצעו, כדי שיהיה אפשר לוודא שאכן נקט אמצעים ראויים. סעיף 27א איננו מחייב תיעוד, אולם בהיעדרו ייתכן שיתקשה המשתמש להוכיח כי נקט את האמצעים הנדרשים. לכן טוב יעשה המשתמש אם יכין תיעוד כאמור.

נוסף על שקידה סבירה, המשתמש נדרש לפרסם הודעה ברורה כאמור בסעיף (א)(2), ולהודיע בה כי הוא פועל על פי ההיתר, ולספק פרטים ליצירת קשר איתו. ההודעה חייבת להופיע “באותה דרך שבה הוא עושה שימוש ביצירה”. כך, אם המשתמש מוציא את היצירה לאור בדפוס, ההודעה חייבת להופיע על העותקים המודפסים של היצירה. בשל הנוסח הלקוני של הסעיף, מוצע כי ההודעה תופיע במקום בולט שיאפשר לבעל זכות היוצרים למצוא אותה, כגון בעמוד שער פנימי. כאשר מדובר בסרט המוקרן או

¹⁰ התיקונים הללו נוגעים לזכות המוסרית ולסוגיית הפיצויים ללא הוכחת נזק והם יידונו בפרקים 14 ו-12.

¹¹ Guidance: Orphan works diligent search guidance for applicants (2018)

ד. איתן, לעיל ה"ש 78 נפסלה טענת "מפר תמים", בין היתר, בשל אי-נקיטת אמצעי חיפוש סבירים. <https://www.gov.uk/government/publications/orphan-works-diligent-search-guidance-for-applicants>. בעניין ברודגו נ'

המשודר על ידי המשתמש, ראוי שההודעה תופיע במסגרת רשימת המזקים (הקרדיטים). פעמים רבות ירצה המשתמש להשתמש ביצירה יתומה במסגרת יצירה אחרת ולהכליל, למשל, תצלום יתום לרונטי בספר היסטורי או בסרט תעודה. במקרים אלה ראוי שההודעה, או לפחות ההפניה אליה, תופיע ליד התצלום, או בהערות שוליים באותו עמוד בספר, או באופן אחר שיביא אותה לתשומת ליבו של בעל זכות היוצרים, אם זה ייתקל ביצירה.

ההודעה שנדונה לעיל צריכה לציין כי בעל זכות היוצרים זכאי לבקש מהמשתמש לחדול להשתמש ביצירה. זאת, בהתאמה לתנאי השלישי הקבוע בסעיף קטן (א), קרי: שהמשתמש הפסיק את השימוש או קיבל רישיון לשימוש עתידי לאחר שקיבל הודעה מבעל זכות היוצרים.¹² לפי סעיף קטן (ד), השר רשאי לקבוע בתקנות הוראות בעניין ההודעה.

סעיף קטן (3), המורה על הפסקת השימוש לאחר קבלת הודעה מאת בעל זכות היוצרים, אלא אם כן התקבל רישיון, מעלה כמה שאלות הטעונות תשובה. ראשית, נשאלת השאלה מה אמור להיכלל בהודעה. האם די בהודעה כי המודיע הוא בעל זכות היוצרים, או אולי על ההודעה לכלול גם דרישה להפסקת השימוש? אף שבנסיבות רגילות בעל זכות היוצרים אינו חייב לדרוש מאחרים שלא להשתמש ביצירתו ללא הרשאה, במקרה כזה, כאשר המשתמש פעל על פי היתר כדין, רצוי לדרוש מבעל זכות היוצרים להודיע במפורש כי הוא מממש את זכותו לדרוש את הפסקת השימוש, או לדרוש מבעל הרישיון לנהל אתו משא ומתן על הסדר רישוי. זאת, כדי שהמשתמש ידע כיצד עליו לנהוג.

שאלה נוספת וחשובה היא מה פירוש ההוראה שהמשתמש "הפסיק את השימוש". האם נדרשת הפסקה מוחלטת ומיידית של כל שימוש, מבלי להתחשב בפעולות שננקטו עד אותו מועד ובאופי השימוש? כדי לענות על שאלה זו צריך לבחון את השימוש של המשתמש. אם המשתמש הדפיס עותקים של היצירה, אזי מכיוון שהחוק אינו מעניק לבעל זכות היוצרים זכות הפצה כללית, ואינו מונע הפצת עותקים חוקיים של יצירה, ומכיוון שהעותקים שהודפסו על פי ההיתר לא יהיו עותקים מפירים לפי החוק,¹³ נראה כי המשתמש יוכל להמשיך ולמכור את המלאי שנותר אצלו, אולם לא יהיה רשאי להדפיס עותקים נוספים ללא רישיון. אך מה עם פעולות כגון ביצוע פומבי, שידור או העמדה לרשות הציבור? תקליטים ויצירות קולנועיות מנוצלות בדרך כלל באופנים הללו ולא דווקא באמצעות הדפסת עותקים. לפי הסעיף, המשתמש יהיה חייב לחדול מכל ביצוע פומבי, שידור או העמדה לרשות הציבור נוספים של היצירה, אלא אם כן יגיע להסכם רישוי עם בעל הזכויות. אולם מה אם המשתמש שילב את היצירה במסגרת יצירה אחרת? מצב שכיח הוא מצב שבו יוצר ספר או יוצר סרט תיעודי נתקל במסמך או בתצלום יתום או בקטע מסרטון ישן יתום, שאותו הוא מבקש לשלב בתוך הספר או הסרט. אם עשה כן על סמך ההיתר, האם יצטרך לחדול מכל הפצה, הקרנה, שידור או העמדה לרשות הציבור נוספים אלא אם כן יגיע עם בעל זכות היוצרים לכלל הסדר רישיון? אם כן, הוא עלול להיקלע למצב שבו, בהיעדר הסכם, יהיה עליו לערוך את הספר או הסרט מחדש, תוך השמטת היצירה היתומה. כאן מתגלה חסרונו של ההסדר שבסעיף 27 לעומת הסדרים בחוקים אחרים, כגון החוק הקנדי והחוק האנגלי שהוזכרו לעיל, המסמיכים גוף רשמי להעניק למשתמש רישיון שימוש בתמורה לתשלום תמלוגים מראש. אומנם הסדרים כאמור מחמירים יותר בדרישות הקדם שלהם, אולם יש בהם יתרון בכך שהם יוצרים ודאות בנוגע לזכות השימוש של המשתמש ומאפשרים הסתמכות מצידו על הרישיון. אף שסעיף 27 מורה להפסיק את השימוש במקרים אלה, יהיו מצבים שבהם ראוי כי בתי משפט יפעילו את שיקול דעתם ויחליטו שלא להעניק צו מניעה משום שהפסקת השימוש תגרום למשתמש נזקים ותסכל את תכלית ההיתר. מכל מקום, היות היצירה יתומה אינו מונע מהמשתמש להסתמך על ההיתר לשימוש הוגן ביצירה במצבים מתאימים.

סעיף קטן (ב) מוסיף כי אם היה השימוש ביצירה היתומה מסחרי, יחולו הוראות אלה נוסף על ההוראות שנדונו לעיל:

- (1) המשתמש פרסם הודעה באינטרנט או בעיתון יומי זמן סביר לפני השימוש;
(2) המשתמש שילם לבעל זכות היוצרים תמלוג ראוי לאחר שקיבל הודעה מבעל זכות

¹² היה רצוי לפרט את תוכן ההודעה הנדרשת בסעיף עצמו, אולם אין ספק שהכוונה להודעה שבה בעל זכות היוצרים מודיע כי הוא בעל זכות יוצרים ביצירה וכי הוא מתנגד להמשך השימוש, או מתנה אותו בתנאים שייקבעו ברישיון.
¹³ לפירוש המונח "עותק מפר" ראו סעיף 1 לחוק ואת הדין בהפרה עקיפה בפרק 11 להלן.

היוצרים ; תמלוג ראוי כאמור ישולם בעד התקופה שתחילתה במועד תחילת השימוש
ביצירה.”

מהו “שימוש מסחרי” כמשמעו בסעיף קטן (ב) ? האם מדובר בכל שימוש שבצידו תמורה או הפקת רווח, או אולי תיבחן המסחריות תוך איזון עם ערכים נוספים, כפי שנעשה במסגרת ההיתר לשימוש הוגן ? אכן, לשימושים רבים היבטים מסחריים והיבטים אחרים שאינם מסחריים. כך למשל הם שימוש במכתב, או בכתבה עיתונאית בתוך ספר היסטורי או ביוגרפיה, או שימוש ביצירה אומנותית יתומה בתוך קולאז'. לשימושים אלה היבטים יצירתיים ותכליות ציבוריות המבדילים אותם משימוש מסחרי מובהק כגון הפצה של יצירה כפי שהיא (“as-is”). דומה שבמקרים אלה, ראוי לפרש את השימוש לפי ההיבט הדומיננטי של השימוש. כך, כאשר ההיבט היצירתי או התכליתי הציבורית עולים על ההיבט המסחרי, ראוי כי השימוש ייחשב לבלתי מסחרי. מכל מקום, וכאמור לעיל, על פי העיקרון שההיתרים בפרק ד' אינם מוציאים זה את זה, אין בסעיף 27 כדי לגרוע מזכותו של משתמש להשתמש ביצירה יתומה על פי היתר השימוש ההוגן, אם השימוש עומד בתנאי ההוגנות. במקרה זה, לא יהיה המשתמש חייב לעמוד בתנאי סעיף 27א. פעולתו תיבחן לפי הוראות סעיף 19 לחוק.¹⁴

הסעיף אינו מספק הנחיה באשר לצורת הפרסום על פי סעיף קטן (ב)1, אלא רק הנחיה כללית לפרסם בעיתון או באינטרנט.¹⁵ על כן נראה כי פרסום באתר אינטרנט של המשתמש, או אולי בעמוד שלו במדיה חברתית, יקיים את ההוראה. עם זאת ברור שהפרסום צריך להיעשות בתום לב ולא למראית עין בלבד.¹⁶

חיסרון של ממש בסעיף 27א, המבדיל אותו מהסדרים בחוקיהן של כמה מדינות אחרות, הוא היעדר מנגנון לקביעת שיעור התמלוגים שבעל זכות היוצרים זכאי להם בגין השימוש עד לאיתור בעל זכות היוצרים, אם וכאשר יתגלה ויאותר, ולהבטחת תשלומם. כאמור, במדינות שבהן רישיון השימוש מוענק מראש על ידי גוף רשמי או על ידי תאגיד לניהול זכויות יוצרים, התמלוגים נקבעים ונגבים מראש. על פי סעיף 27א, יהיה על בעל זכות היוצרים להגיע בדיעבד להסדר עם המשתמש, או לתבוע ממנו תמלוג ראוי בבית המשפט, בהליך שיהיה כרוך בהוצאות ובזמן. בהליך זה יצטרך בעל זכות היוצרים להביא ראיות שעל פיהן יוכל בית המשפט לקבוע את התמלוג הראוי.

סעיף קטן (ה) מציין כי אין בהוראות סעיף 27א כדי לגרוע מסמכויות האפוטרופוס הכללי לפי חוק האפוטרופוס הכללי, התשל”ח-1978.

לסיכום, סעיף 27א מוסיף היתר חשוב לשימוש ביצירה יתומה. עם זאת, ההסדר על פיו לקוי, בעיקר בהבטחת תמורה לבעל זכות היוצרים ביצירה יתומה שנעשה שימוש מסחרי בה, וביצירת ודאות למשתמש, ונראה כי עוד יידרשו תיקון או תיקונים נוספים של הסעיף בעתיד.

¹⁴ ראו להלן סעיף 6.18.

¹⁵ כאמור, סעיף קטן (ד) מסמיך את השר לקבוע תקנות בנושא השקידה הסבירה וההודעות הנדרשות לפי סעיפים (א)1 ו-2, אך לא בקשר לפרסום לפי סעיף (ב)1.

¹⁶ סעיפים 39 ו-61 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל”ג-1973.